Principio de Legalidad y Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionadora

Anabelén Casares Marcos

Instituto Andaluz de Administración Pública | Premios Blas Infante 2011

JUNTA DE ANDALUCIA
Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EJERCICIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA.

EN ESPECIAL, LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL Y LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO*

Trabajo galardonado con una mención especial del Premio Blas Infante de Estudios e Investigación en el ámbito de la Comunidad Autónoma, en su XV Edición, en su modalidad B, sobre "trabajos de estudio e investigación sobre Administración Pública, relativos a su organización, funciones, modernización de las técnicas de gestión del servicio público y aplicación de nuevas tecnologías, incluyendo estudios de ámbito internacional"

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2010-20663 del Ministerio de Ciencia e Innovación. Presentado a la segunda prueba del concurso convocado por Resolución de 10 de diciembre de 2010, del Rectorado de la Universidad de León para la provisión de una plaza de Profesor Titular de Derecho Administrativo, fue juzgado el día 7 de abril de 2011 por la Comisión presidida por el Profesor Tomás Quintana López e integrada por la Profesora Mercedes Fuertes López en calidad de Secretaria y los Profesores José Ignacio Morillo Velarde, Jesús Prieto de Pedro y Ricardo Rivero Ortega como vocales.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EJERCICIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA.

EN ESPECIAL, LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL Y LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Anabelén Casares Marcos

Instituto Andaluz de Administración Pública

Sevilla - 2012

CASARES MARCOS, Anabelén
Principio de legalidad y ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. En especial la administración institucional y las corporaciones de derecho público / Anabelén Casares Marcos.
Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012
424 p. ; 24 cm. - (Estudios).

Trabajo galardonado con una mención especial del Premio Blas Infante de Estudios e Investigación sobre la Administración Pública, en su XV Edición, en su modalidad B.

D.L. SE-3198-2012
ISBN (ed. impresa): 978-84-8333-585-7
ISBN (ed. electrónica): 978-84-8333-586-4

1. Procedimiento sancionador 2. Administración institucional I. Instituto Andaluz de Administración Pública

35.077.3 (460)

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL TITULAR DEL COPYRIGHT

TÍTULO: PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EJERCICIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA. EN ESPECIAL, LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL Y LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

AUTORA: Anabelén Casares Marcos

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública
Diseño y producción: Iris Gráfico Servicio Editorial, S.L.
Impresión: ALP Impresores
ISBN (ed. impresa): 978-84-8333-585-7
ISBN (ed. electrónica): 978-84-8333-586-4
Depósito Legal: SE-3198-2012

A Paula

ÍNDICE

ABREVIATURAS 15

PRÓLOGO 19

I. INTRODUCCIÓN 23

II. LA LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 29

A) EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA Y LA AUSENCIA DE UNA LEY GENERAL EN LA MATERIA 29

B) **LAS FRONTERAS ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL. ¿DOS MANIFESTACIONES DE UN ÚNICO *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO?** 34

C) LA TRASLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PENALES AL ÁMBITO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO 41

III. LA MODULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PENALES APLICABLES AL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN. EN PARTICULAR, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 49

A) LA GARANTÍA FORMAL EN MATERIA SANCIONADORA: LA RESERVA DE LEY COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 54

1. La reserva de materias a la ley 56

2. La reserva de ley en materia sancionadora 59

a) Reserva de ley y clases de leyes en el ordenamiento jurídico español 63

b) Reserva relativa de ley 73

a') Titularidad y límites a la potestad reglamentaria 74

b') La potestad reglamentaria en materia sancionadora 82

c) Modulaciones más significativas de la reserva de ley en materia sancionadora 93

a') El ejercicio de la potestad sancionadora al amparo de normas preconstitucionales 94

b') Las sanciones impuestas en el marco de una relación de sujeción especial 98

c') La tipificación de infracciones y sanciones por Ordenanzas locales 104

3. Conclusión 111

B) LA GARANTÍA MATERIAL EN EL ÁMBITO SANCIONADOR: EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD COMO EXIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 115

1. Mandato al legislador: descripción exhaustiva y taxativa de la infracción y sanción administrativas en sede legal 120

a) Principio de tipicidad y determinación de la infracción administrativa 121

b) Mandato de tipificación y atribución de la sanción administrativa 128

2. Mandato al operador jurídico: prohibición de interpretación analógica y extensiva en materia sancionadora administrativa 134

3. Conclusión 142

C) OTRAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO: EN ESPECIAL, EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD 144

IV. LA DIFÍCIL UNIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 157

A) LA INSUFICIENCIA DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y DEL «PRINCIPIALISMO» VIGENTE EN MATERIA SANCIONADORA 157

B) EL FRACCIONAMIENTO DE LA TITULARIDAD DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA 161

1. La incidencia del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas sobre la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas 163

a) El silencio constitucional sobre la potestad administrativa sancionadora como título competencial desde una perspectiva sustantiva 165

b) El procedimiento sancionador y la competencia exclusiva del Estado para la determinación del «procedimiento administrativo común» 170

c) En particular, el artículo 149.1.1º de la Constitución y la interdicción de «divergencias irrazonables y desproporcionadas» en materia sancionadora 176

d) Reflexión final 182

2. La parcelación subjetiva del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa 184

V. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LOS ENTES INSTITUCIONALES 193

A) TIPOLOGÍA INSTITUCIONAL Y TITULARIDAD DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA 200

1. Organismos públicos del Título III de la LOFAGE 207

a) Organismos autónomos 208

b) Entidades públicas empresariales 211

c) Agencias estatales 213

2. Otros entes instrumentales de naturaleza pública comprendidos en las Disposiciones Adicionales de la LOFAGE: entes atípicos y Administraciones independientes 218

3. Sociedades mercantiles estatales 231

4. Fundaciones 235

a) Fundaciones privadas del sector público 236

a') Fundaciones del sector público estatal 238

b') Fundaciones de iniciativa pública sometidas al régimen fundacional común 240

b) Fundaciones de naturaleza pública 240

a') La evolución jurídica de la fundación como forma de gestión de los servicios públicos locales 240

b') Fundaciones del Patrimonio Nacional 244

c') Fundaciones públicas sanitarias 245

B) EJERCICIO INSTITUCIONAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD. EN PARTICULAR, LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS 250

1. La diversificación de la potestad reglamentaria. Los poderes normativos de la Administración institucional 253

a) Legitimación de la potestad reglamentaria atribuida a las Administraciones independientes 253

b) Límites al ejercicio de las funciones normativas encomendadas a las Administraciones independientes 259

2. El caso particular de la potestad normativa y sancionadora en manos de la Agencia Española de Protección de Datos 263

a) Su ineludible articulación como Administración independiente 263

b) Manifestaciones y garantías de su independencia 271

c) La función de supervisión en materia de protección de datos: capacidad normativa y potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos 276

a') Potestad normativa e instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos 277

b') El ejercicio de la potestad sancionadora en materia de protección de datos 283

3. Fundamento y justificación de la potestad sancionadora institucional 292

a) La relación especial de sujeción 293

b) El ordenamiento sectorial 297

c) Conclusión 301

VI. LA POTESTAD SANCIONADORA CORPORATIVA 305

A) LA DIFÍCIL CATALOGACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO 305

B) LA COMPLEJA DIVERSIDAD DE LOS ENTES CORPORATIVOS Y SU CAMBIANTE TIPOLOGÍA 314

1. Corporaciones profesionales de derecho público: los colegios profesionales 319

a) La teoría de la garantía institucional aplicada al Capítulo II del Título I de la Constitución 320

b) Contenido nuclear garantizado *por el artículo 36 de la Constitución* 326

2. Corporaciones representativas de intereses económicos 334

a) Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación 336

b) Las Cámaras Agrarias 341

c) Las Cámaras de la Propiedad Urbana 343

d) Otras entidades corporativas para la representación y defensa de intereses económicos 346

3. Corporaciones de naturaleza asistencial: la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) 350

4. Las federaciones deportivas, ¿corporación de derecho público o *tertium genus*? 351

5. Conclusión 353

C) EN PARTICULAR, EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL COLEGIO PROFESIONAL 354

1. La potestad normativa del colegio: las normas deontológicas aplicables al ejercicio profesional 354

a) Legitimidad de la potestad normativa colegial 354

b) Estatutos colegiales y reglamentos de régimen interior 359

c) Normas deontológicas 362

2. Ejercicio colegial de la potestad sancionadora disciplinaria y principio de legalidad 369

VII. BREVE REFLEXIÓN FINAL 381

BIBLIOGRAFÍA 385

ABREVIATURAS

AA	*Actualidad Administrativa*
AJA	*Actualidad Jurídica Aranzadi*
Boletín del ICAM	*Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*
DA	*Documentación Administrativa*
JA	*Justicia Administrativa*
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local
LCP	Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales
LDIEC	Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito
LGT	Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal
LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958
LRJAP y PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información
PEE	*Papeles de Economía Española*
PJ	*Poder Judicial*
RAP	*Revista de Administración Pública*
RAAP	*Revista Andaluza de Administración Pública*
RArAP	*Revista Aragonesa de Administración Pública*
RCG	*Revista de las Cortes Generales*
RDBB	*Revista de Derecho Bancario y Bursátil*
REAL	*Revista de Estudios de la Administración Local*
REALA	*Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*
RECE	*Revista Española de Control Externo*
REDA	*Revista Española de Derecho Administrativo*
REDC	*Revista Española de Derecho Constitucional*
REPEPOS	Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto
REVL	*Revista Española de Vida Local*
RGDA	*Revista General de Derecho Administrativo*
RGLJ	*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*

ÍNDICE

RJCLM	*Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*
RJCyL	*Revista Jurídica de Castilla y León*
RL	*Relaciones Laborales*
RLOPD	Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre
RSCL	Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955
RVAP	*Revista Vasca de Administración Pública*
TRRL	Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril

ÍNDICE

PRÓLOGO

No requiere de ninguna presentación la Dra. Anabelén Casares Marcos cada vez que, guiada por su fino olfato jurídico y después de estudiar concienzudamente algún tema de los que despiertan su curiosidad intelectual, presenta los resultados en forma de libro ante quienes se interesan por el Derecho Administrativo, siendo ya varios los que ha publicado en los años en que de manera ejemplar lleva dedicada a la docencia y a la investigación en la Universidad de León, por lo que su trayectoria, estoy convencido, es ya bien conocida.

Por lo tanto, si se me preguntara la razón por la que escribo estas líneas, tendría que confesar que se trata simplemente de participar a los lectores de la alegría que me embarga cada vez que Anabelén Casares logra coronar una nueva cima, ya sea por haber alcanzado un mejor estatus profesional, por la publicación de un nuevo libro, como es el caso, o, en fin, por el reconocimiento de los resultados de su actividad investigadora. Pero también debo confesar que lo que más valoro, por encima de su contrastada aptitud intelectual, es la leal amistad con que me obsequia desde los primeros días en que confió en mí su formación como profesora universitaria, hace ahora más de una docena de años, cuando, por propia convicción, sin necesidad de hacerse atar al palo mayor de la nave, hizo oídos sordos a algunas llamadas que le aseguraban un éxito profesional inmediato que, entonces pensé y hoy sigo pensando sin ninguna reserva, habría alcanzado.

Con todo, ella y yo estamos convencidos de que la apuesta por la Universidad ha valido la pena y hoy celebramos una nueva aportación de la profesora Casares a su

particular bibliografía, un nuevo libro sobre un tema antiguo, porque nada tiene de novedoso el *ius puniendi* de la Administración ejercido antes sobre sus súbditos, y hoy, embridado convenientemente por el Derecho, sobre quienes, como ciudadanos o personas jurídicas, son titulares de unas garantías que la Administración ha de respetar para legitimar el castigo infligido.

El libro de Anabelén Casares trata precisamente de la mayor garantía que ofrece el ordenamiento jurídico a quienes puedan sentir la acción punitiva de la Administración, pues el principio de legalidad y, como derivaciones del mismo, los de tipicidad e irretroactividad, aseguran a los administrados que no serán sancionados sino por quienes hayan recibido de la ley el poder para ello y, además, solo por la comisión de aquellas acciones u omisiones que previamente hubieran sido definidas como infracciones por quienes ostentan la representación de los ciudadanos.

No por básicos, sin embargo, estos postulados dejan de encerrar múltiples matices y recovecos, acrecentados en el modelo de Estado descentralizado en que hoy se organiza la Nación española por cuestiones relacionadas con el ejercicio de las competencias; matices y recovecos que la autora va descubriendo al lector a lo largo de los cuatro primeros capítulos de la obra, para adentrarse después en el análisis jurídico de las que constituyen las cuestiones más controvertidas y menos tratadas en nuestra doctrina, es decir, las relativas a la potestad sancionadora de los entes institucionales y de la denominada Administración corporativa, cuestiones que Casares Marcos ya estudió, dentro de los límites espaciales que la prudencia impone a los ensayos jurídicos que ven la luz en las revistas de la especialidad, con su aportación al tomo I del monográfico de la revista Documentación Administrativa (números 280, 281, 283 y 284), a las cuales ahora las otorga un tratamiento más exhaustivo, acorde con la creciente y, sin duda, desmesurada importancia que han ido adquiriendo las entidades que se acogen a la categoría organizativa que representa la denominada Administración institucional o con la compleja diversidad de la tradicionalmente conocida como Administración corporativa.

El estudio, naturalmente, analiza el asunto central que anuncia el título de la obra teniendo en cuenta los sujetos llamados a ejercer la potestad sancionadora, sujetos de características tan diversas que dificultan los intentos de reconducirlos con rotundidad a las categorías dogmáticas de entes institucionales o corporaciones, tan trabajosamente alumbradas de consuno por la doctrina y la jurisprudencia, pues hoy hablar de unas y otras, en buena medida más que remitirnos a realidades claras y distintas, constituye propiamente el convencional uso de unas nomenclaturas de las que cómodamente nos servimos los juristas, aun a sabiendas de que aporta poco la inclusión de cualquier sujeto en alguna de esas categorías.

Por ello, está justificado que la autora, descendiendo a los sujetos que las integran y considerando especialmente los de mayor proyección social, concluya expresando la conveniencia de que una ley estatal proporcione cobertura homogénea y mínima, en los términos que sean precisos, para que las entidades institucionales y las corporaciones puedan ejercer la potestad sancionadora como instrumento imprescindible para el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento les haya encomendado, descargando con ello, de esta forma, a la jurisprudencia de la tarea de construir un ámbito para el legítimo ejercicio del ius puniendi por esa suerte de sujetos.

Tomás Quintana López
Catedrático de Derecho Administrativo
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de León

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación por la extensión y los límites de la potestad sancionadora en manos de las Administraciones Públicas no es nueva. Se trata de una cuestión capital, estudiada con detenimiento por nuestra doctrina y en la que alcanzan especial significación la interpretación y las soluciones alumbradas al respecto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, primero, y del Tribunal Constitucional, después[1].

No en vano, el poder sancionador de la Administración se erige en una cuestión decisiva del Derecho Administrativo actual por su expansión prácticamente indiscriminada y su consiguiente transformación en un sistema de represión normal y alternativo, por tanto, al de las penas impuestas judicialmente[2]. Este crecimiento incontrolado, calificado de auténtica hipertrofia por la doctrina, encuentra justificación en causas diversas, entre las que suelen citarse la ya tradicional crítica acerca de la excesiva rigidez de nuestro sistema judicial penal y, sobre todo, la

[1] En este sentido, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 47 y ss., atribuye a esta jurisprudencia la afirmación del Derecho administrativo sancionador en España. No en vano, cabe considerar a las resoluciones judiciales, siguiendo a R. RIVERO ORTEGA, "Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las Sentencias como fuente del Derecho", *RAP*, núm. 157, enero-abril 2002, p. 89, como "factor clave de la evolución del Derecho público en tiempos de inseguridad jurídica".

[2] Así lo subraya, en particular, M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAP, Madrid, 1989, pp. 415 y ss.

propagación y progresiva extensión de la intervención administrativa a nuevos sectores y conductas de los particulares[3].

El propio Tribunal Constitucional ha dado indirectamente carta de naturaleza a este crecimiento incontrolado, pese a insistir en la excepcionalidad de la potestad sancionadora en manos de la Administración, tan sólo admisible, en cuanto rompe el principio de división de poderes, ante razones suficientes. Y así, en su Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, sostiene que "en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración", si bien "un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable" por razones "entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados"[4].

Independientemente de los motivos concretos que hayan provocado el crecimiento desmesurado del ámbito sancionador administrativo, las cuestiones que subyacen a su articulación y los problemas que suscita su ejercicio, esto es, los interrogantes planteados en la materia necesitados, en definitiva, de una atenta aproximación y estudio, siguen siendo en buena medida los mismos. Las reflexiones doctrinales esbozadas al respecto en sus orígenes continúan estando, en este sentido, de plena actualidad, si bien a partir de un enfoque completamente nuevo

[3] Vid. al respecto, entre otros, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Multa administrativa", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1978, p. 680, que se refiere a la "desaforada importancia" adquirida por las sanciones administrativas; J. GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989, p. 51, quien alude, a su vez, a la "sobredimensión difícilmente justificable" de la potestad sancionadora de la Administración en nuestros días; M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., p. 418; y, J. SUAY RINCÓN, "La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, p. 43, quien augura, incluso, su crecimiento y expansión aún mayor "con la obligada transposición al Derecho interno de cada país de la última Directiva comunitaria sobre liberalización de servicios". No se trata, en cualquier caso, de un fenómeno nuevo, sino de la consolidación de una tendencia que había sido denunciada ya a comienzos de los setenta por R. PARADA VÁZQUEZ, "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *RAP*, núm. 67, enero-abril 1972, pp. 41 y ss., al afirmar que "el desarrollo espectacular, a cuyo progreso no se ve el fin, del poder sancionador de la Administración Pública española está convirtiendo el tema de las infracciones administrativas en una cuestión grave, quizá la más grave de las que tiene planteadas el ordenamiento jurídico español".

[4] FJ 2. Se muestra sumamente crítico con estas razones enunciadas por el Tribunal Constitucional J. GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., pp. 55 y ss.

y diverso, el de la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora en manos de la Administración Pública sancionada en 1978[5].

No cabe duda que los lastres históricos propios de este ámbito habrán de enfrentarnos a un panorama complejo, marcado por una acentuada dispersión normativa y por la ausencia de una regulación general y básica de las cuestiones esenciales y más conflictivas planteadas por el ejercicio de esta potestad, así como, en última instancia, por el palmario casuismo de las soluciones jurisprudenciales alumbradas al hilo de los debates planteados sobre sus facetas y aspectos más controvertidos[6]. Pronunciamientos que han abordado, sin llegar, no obstante, a resolver, la difícil cuestión de la delimitación de los ámbitos sancionadores penal y administrativo y, en particular, de la traslación a este último de los principios fundamentales vigentes en nuestro Derecho penal[7].

En efecto, la ausencia en el Derecho preconstitucional de una regulación general del ejercicio de esta potestad y la sumariedad de los preceptos legales que atribuían poderes sancionatorios a la Administración, terminaron por desembocar en una "resuelta doctrina jurisprudencial"[8] favorable a la integración de las lagunas existentes en la materia con las técnicas propias del Derecho Penal ordinario[9].

[5] J. F. MESTRE DELGADO, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo III, p. 2.493. En idéntico sentido, J. BERMEJO VERA, "Repercusión de los principios constitucionales en el régimen de la potestad sancionadora de la Administración", en *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (II)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, Tomo I, pp. 657 y ss.

[6] Para F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Edersa, Madrid, 1985, p. 59, no hay duda que es precisamente este lastre histórico de la potestad sancionatoria española el que contribuye a configurar los rasgos característicos que presiden su funcionamiento, alejándolo de los modelos vigentes en otros países occidentales. Caracteres que contribuyen, en definitiva, a erigir el Derecho sancionador administrativo preconstitucional, en opinión de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El principio de legalidad en materia sancionadora", en *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (II)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, Tomo I, p. 637, en "el capítulo más negro del Derecho Administrativo español".

[7] Se trata, en opinión de M. REBOLLO PUIG, "Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas", en F. SÁINZ MORENO (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 461, de una jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa elogiable, si bien, por su propia naturaleza, "casuística y fragmentaria" y, en ocasiones, "contradictoria y desconcertante" ante la ausencia de una regulación "de lo que pudiéramos considerar una parte general del Derecho Administrativo sancionador".

[8] E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El problema jurídico de las sanciones administrativas", *REDA*, núm. 10, julio-septiembre 1976, p. 410.

[9] Cabe señalar como punto de partida de esta línea jurisprudencial las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 y 25 de marzo de 1972 (Ar. 1168 y 1472), ratificadas más tarde, entre otras, por las de 17 de junio de 1974 (Ar. 3238), 11 de marzo de 1975 (Ar. 1713) o 18 de octubre de 1976 (Ar. 4091). Repasa detenidamente los elementos más relevantes de esta jurisprudencia preconstitucional, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El problema jurídico de las sanciones administrativas", op. cit., pp. 409 y ss.

No en vano, había denunciado tempranamente García de Enterría la articulación "durante mucho tiempo" del Derecho sancionatorio administrativo "como un Derecho represivo primario y arcaico", donde seguían teniendo cabida "antiguas y groseras técnicas" frente al apreciable afinamiento, en cambio, "de los criterios y de los métodos del Derecho Penal"[10].

La aprobación de la Constitución en 1978 sanciona, en este sentido, un vuelco fundamental en lo que a la legitimación del ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración Pública se refiere[11], adquiriendo carta de naturaleza en la doctrina del Tribunal Constitucional, al amparo del artículo 25 de la Carta Magna, la interpretación jurisprudencial y doctrinal de la época inmediatamente anterior por la que se consideraba el ejercicio de esta potestad administrativa una manifestación lógica e innegable de la potestad punitiva del Estado[12].

[10] Para concluir, en una cita ya famosa, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El problema jurídico de las sanciones administrativas", op. cit., p. 409, que "sin hipérbole puede decirse que el Derecho Administrativo sancionatorio [vigente] es un Derecho represivo pre-beccariano". A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 179 y ss., pese a reconocer el escaso desarrollo del Derecho Administrativo sancionador de la época y a la luz de la jurisprudencia que comenzaba a abrirse paso en la década de los setenta sobre la base de Sentencias en algunos casos muy anteriores, así de los años cincuenta y sesenta, se muestra contrario, en cambio, a esta calificación que tilda de "frívola".

[11] "Un revulsivo de sus supuestos de base y, por tanto, una transformación substancial de la institución", en palabras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional", *REDA*, núm. 29, abril-junio 1981, p. 360. Sobre el significativo papel de la Constitución en la superación del "Derecho represivo pre-beccariano" anterior, vid., asimismo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1981, Tomo II, pp. 147 y ss.

[12] En relación con la aparición, evolución y justificación histórica del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en España, pueden verse, por todos, F. GARRIDO FALLA, "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", *RAP*, núm. 28, enero-abril 1959, pp. 11 y ss.; A. NIETO, "Problemas capitales del Derecho disciplinario", *RAP*, núm. 63, septiembre-diciembre 1970, pp. 39 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", op. cit., pp. 66 y ss.; y, del mismo autor, "Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas", *PJ*, núm. 4, 1982, pp. 19 y ss.; L. MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 33 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El problema jurídico de las sanciones administrativas", op. cit., pp. 399 y ss.; A. CANO MATA, *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Edersa, Madrid, 1984, pp. 9 y ss.; F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 7 y ss.; J. SUAY RINCÓN, "El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma", *RAP*, núm. 109, enero-abril 1986, pp. 185 y ss.; y, del mismo autor, *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pp. 22 y ss.; J. F. MESTRE DELGADO, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", op. cit., pp. 2.493 y ss.; A. CARRETERO PÉREZ y A. CARRETERO SÁNCHEZ, *Derecho Administrativo sancionador*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 39 y ss.; J. J. GONZÁLEZ RIVAS, *Las sanciones administrativas en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pp. 9 y ss.; A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 19 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo general*, Iustel, Madrid, 2004, Tomo II, pp. 372 y ss.; A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 19 y ss.; J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 27 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2008, Tomo II, pp. 163 y ss.; y, en especial, el detenido estudio y la acerada crítica a cargo de A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., *in toto*.

Semejante integración de sanciones penales y administrativas en un *ius puniendi* único y más amplio no ha estado exenta, comprensiblemente, de debate, por cuanto plantea incógnitas constitucionales de muy diverso orden a las que el legislador, pese al tiempo transcurrido desde la aprobación del texto constitucional, no ha prestado aún la atención ni diligencia debidas. De ahí la sucesión ininterrumpida de críticas doctrinales al sistema, en ocasiones demoledoras, reflexiones que se esfuerzan, en definitiva, por depurar las disfunciones observadas a raíz del ejercicio de la función represiva por parte de la Administración a fin de corregir su, en múltiples ocasiones, discutible y defectuoso funcionamiento práctico.

En cualquier caso, el ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad sancionadora debe partir, necesariamente, del respeto al nuevo sistema constitucional inaugurado en 1978, consolidado y desarrollado, en cuanto piedra angular del nuevo edificio sancionatorio, sobre una interpretación doctrinal y jurisprudencial que había comenzado a abrirse paso ya de forma decidida con anterioridad a la Constitución y que había propiciado el reconocimiento de mugas infranqueables al ejercicio de la potestad como consecuencia de la traslación al ámbito administrativo de principios, derechos y técnicas alumbradas originariamente por el Derecho penal. Se da pie así a una evolución sin rupturas estridentes con el *statu quo* anterior, si bien la aparente continuidad sancionada por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto, irá acompañada simultáneamente de la profunda sacudida e innovación que representan, en última instancia, la constitucionalización tanto de la legitimidad de esta potestad en manos de las Administraciones Públicas como de los límites y garantías que han de pautar su ejercicio.

II. LA LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA Y LA AUSENCIA DE UNA LEY GENERAL EN LA MATERIA.

El punto de partida sobre el que construye el Tribunal Constitucional su capital doctrina en materia de potestad sancionadora administrativa se encuentra en los artículos 25 y, en menor medida, 45 de la Constitución. Su enunciado se refiere expresamente a las infracciones administrativas y a las correlativas sanciones que son consecuencia lógica de las mismas. El texto constitucional sanciona así, en definitiva, la legitimidad de la potestad sancionadora en manos de la Administración Pública, ofreciendo un fundamento claro sobre el que edificar su estructura normativa[13]. Queda descartado, por tanto, en buena medida, el debate, necesariamente estéril en nuestros días, acerca de las razones que justifican en última instancia la existencia de una potestad sancionadora administrativa[14].

---

[13] Así lo destaca también J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., p. 169, al recordar que para la inducción de los principios aplicables a las sanciones administrativas hay que estar al Derecho positivo y, en particular, al texto constitucional de 1978.

[14] Es de la misma opinión J. F. MESTRE DELGADO, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", op. cit., p. 2.495, para quien "ya no es dado hacer cuestión acerca de la justificación de dicha potestad", sino enfrentarse a "determinar su alcance y fijar los límites a cuyo tenor se delimita". Justificación a que alude, en cualquier caso, el Tribunal Constitucional de forma indirecta, como se ha visto *supra*, en el FJ 2 de su temprana Sentencia 77/1983, de 3 de octubre.

Conforme al primer párrafo del artículo 25 "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento", disponiendo su párrafo tercero que "la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad"[15]. El artículo 45 de la Constitución establece, por su parte, al regular el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el correspondiente deber de conservarlo, que, para quienes violen lo dispuesto en el precepto, "en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

Ahora bien, la articulación de la potestad sancionadora en manos de la Administración Pública se encuentra indudablemente condicionada por otros preceptos constitucionales que sin referirse a ella de forma expresa o sustantiva, resultan de aplicación a su atribución y ejercicio. Y así, la capital referencia constitucional a las sanciones administrativas en el artículo 25 debe completarse, como se verá *infra*, con la aplicación a su imposición de los derechos procedimentales que reconoce nuestra Carta Magna en su artículo 24.

Del mismo modo, los artículos 97, 103, 105 y 106 contribuyen a fijar el marco general en el que habrá de ejercitarse esta potestad habida cuenta de las competencias y funciones encomendadas por el texto constitucional al Gobierno y a la Administración Pública y, en particular, de los límites impuestos a la actuación de esta última, que deberá servir en todo caso "con objetividad los intereses generales", garantizándose su "sometimiento pleno a la ley y al Derecho", así como la sujeción al control judicial de la "legalidad de la actuación administrativa" y del "sometimiento de ésta a los fines que la justifican"[16].

De esta forma, la Constitución de 1978 no sólo sanciona la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración Pública sino que la somete a unos límites y requerimientos mínimos, garantías que se erigen, en definitiva, en auténticos derechos para los administrados y, correlativamente, en barreras infranqueables

[15] Revisten gran interés, en este sentido, las reflexiones de L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Materiales para una Constitución*, AKAL, Madrid, 1984, pp. 109 y ss., acerca del proceso de redacción, enmienda y aprobación de los artículos 24 y 25 de la Constitución, así como, en particular, su oposición a la constitucionalización de la potestad sancionadora de la Administración por cuanto entendía potenciaba el mantenimiento "de un *statu quo* nada defendible" frente al que, en cambio, "habría que aligerar drásticamente el sector en los años venideros".

[16] El artículo 106 de la Constitución se encuentra reforzado, además, por el enunciado del artículo 117, que establece, a modo de cláusula de cierre del sistema, la garantía de revisión por el poder judicial de cualquier actividad sancionadora administrativa.

para los diversos entes a los que nuestro ordenamiento jurídico dota de la capacidad de sancionar en vía administrativa[17].

Se consagra e impulsa así la potestad administrativa sancionadora al más alto rango normativo, contribuyendo al fenómeno, ya iniciado al amparo del Derecho preconstitucional, de su generalización y expansión incontrolada[18], sin que el legislador haya demostrado estar, no obstante, a la altura de las exigencias constitucionales de sistematización y concreción que acompañan indefectiblemente a esta materia[19]. No en vano, la ausencia hasta 1978 de un esquema básico regulador de la potestad sancionadora de la Administración y de una mínima y deseable armonización en su ejercicio por las diversas Administraciones y entes públicos titulares de la misma, se perpetúa y agrava tras la entrada en vigor de la Constitución, obligando a la jurisprudencia, tanto constitucional como contencioso-administrativa, a acudir a los principios generales del Derecho ante la ausencia de normas escritas que regulen con carácter general los aspectos básicos más importantes de la imposición de sanciones administrativas[20].

Las críticas doctrinales a la situación, marcada por los escollos históricos propios de la materia y la variedad de regulaciones sectoriales en materia sancionatoria

[17] Así lo sostienen también M. COBO DEL ROSAL y J. BOIX REIG, "Artículo 25. Garantía penal", en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, Tomo III, p. 64, para quienes "con la Constitución aparece una nueva concepción política y jurídica del Estado que vincula desde luego a la articulación que se haga de las facultades sancionadoras del Ejecutivo".

[18] Así lo entiende M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., p. 417.

[19] A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 20, habla, en este sentido, del "desánimo del legislador", que "sólo está preocupado por la represión propia de la materia que está regulando sustantivamente, sin remontarse casi nunca a planteamientos sistemáticos más generales". También J. SUAY RINCÓN, "El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma", op. cit., p. 187, reivindica la necesaria "colaboración activa del legislador" para lograr la plena actualización de los principios constitucionales en el ámbito de las sanciones administrativas.

[20] F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 13, se muestra sumamente crítico con el desarrollo de la potestad sancionatoria administrativa en España "sin un esquema básico regulador, al ritmo de su producción normativa por el poder público, sin que se haya llegado a una deseable armonización general para toda la actuación sancionatoria". En sentido similar, si bien desde una perspectiva estrictamente procedimental, E. BACIGALUPO, *Sanciones administrativas. Derecho español y comunitario*, Colex, Madrid, 1991, p. 76, que entiende "imprescindible una urgente ordenación de esta materia en el derecho vigente". También J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., p. 30, se refiere, en fin, a cómo "la ausencia de normas escritas, la renuncia por el legislador a determinar el modo en que debe ejercitarse dicho poder obliga indeclinablemente a desplazar nuestra atención a […] los principios generales del Derecho". Para J. A. GARCÍA AMADO, "Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, p. 28, la situación ha desembocado en un "curioso y llamativo" reparto de trabajo entre legislador y Tribunal Constitucional, por cuanto "el legislador se abstiene de crear una ley general y abarcadora sobre la materia y el Tribunal Constitucional va construyendo el correspondiente sistema a base de combinar reglas y excepciones, garantías y límites, postulados generales y matizaciones, cual si se atuviera a aquel bíblico principio de que tu mano derecha no sepa lo que hace tu mano izquierda"; de forma que, en términos de M. BELTRÁN DE FELIPE, "Realidad y constitucionalidad en el Derecho Administrativo sancionador (II)", *RJCLM*, núm. 40, mayo 2006, p. 56, "en el Derecho Administrativo sancionador español, una cosa y su contraria puede perfectamente ser al mismo tiempo ciertas y válidas".

sin la menor conexión o coherencia interna entre ellas, así como las continuas reivindicaciones de una Ley general que dotara de cohesión y estructura interna al ejercicio de la potestad, motivaron, incluso, la presentación de sendas proposiciones de ley en 1985 y 1987, así como la posterior redacción en 1988 de un borrador de anteproyecto de ley en materia sancionadora, que no encontraron, sin embargo, el caldo de cultivo adecuado para impulsar su culminación en las Cortes Generales[21].

Las tres iniciativas citadas se saldaron, en fin, con el fracaso, hasta desembocar, en última instancia, en la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC), cuyo Título IX, integrado por los artículos 127 a 138 de la Ley, está dedicado a la regulación de la potestad sancionadora.

Representa, en este sentido, un primer y tímido intento de desarrollo del artículo 25 de la Constitución desde la perspectiva del Derecho administrativo sancionador. Su Título IX asume, en buena medida, la doctrina jurisprudencial desgranada en esta materia desde los años cincuenta, y en especial setenta, por el Tribunal Supremo, sancionada, asimismo, y desarrollada posteriormente por el Tribunal Constitucional a la luz de nuestra Carta Magna, incorporando a una norma con rango de ley aquellos principios esenciales que, a modo de contrafuertes, han de servir como cautelas y garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos ante la apertura del procedimiento para la imposición de una sanción por una Administración Pública.

Los artículos 127 y siguientes de la Ley se articulan así en dos Capítulos, el primero de ellos relativo a los principios de la potestad sancionadora, concretamente, los de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad o culpabilidad, proporcionalidad, prescripción y *non bis in idem*; el segundo, en cambio, sobre los

[21] Me refiero, en concreto, a la proposición de Ley Orgánica de regulación de la potestad sancionadora de la Administración, presentada por el Grupo Parlamentario Popular y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 102-1, serie B, de 22 de mayo de 1985; a la proposición de ley básica reguladora del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 87-1, serie B, de 9 de diciembre de 1987, cuyo Título VII estaba dedicado a la regulación del procedimiento sancionador; y, finalmente, al borrador de anteproyecto de ley reguladora del régimen jurídico de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del Ministerio de Justicia de 1988. Se refiere a los mismos, L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, "¿Son trasplantables en bloque a la potestad sancionadora de la Administración las garantías que limitan el *ius puniendi* de los Tribunales? Respuesta a la luz de un supuesto concreto: las sanciones impuestas por infracciones al régimen horario aplicable a los espectáculos públicos", *La Ley*, 1986, Tomo II, pp. 985 y ss. Da amplia noticia de su contenido y del escaso éxito en cuanto a su tramitación, A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, op. cit., pp. 201 y ss. Asimismo, con mayor profundidad sobre la primera de las proposiciones de ley citadas, J. SUAY RINCÓN, "El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma", op. cit., pp. 189 y ss.

principios del procedimiento sancionador, destacando aquí la garantía de procedimiento, los derechos del presunto responsable, la regulación de las medidas de carácter provisional, la presunción de inocencia y los requisitos que habrá de reunir la resolución sancionadora final.

Se trata, en cualquier caso, de una regulación claramente insuficiente. La LRJAP y PAC representa, en este sentido, un intento fallido por dotar de una parte general sistemática y coherente al Derecho Administrativo sancionador. Su estructura y contenido, claramente principialista[22], unidos a la ausencia de una ley general que concrete y desarrolle la aplicación particular de estos principios tanto materiales como formales, su articulación, implicaciones, matizaciones y posibles excepciones en la sustanciación del procedimiento sancionador administrativo, abocan, necesariamente, a la construcción jurisprudencial del régimen aplicable a este sector capital de la acción administrativa[23].

Pese a los avances indudables que ha supuesto al respecto la doctrina jurisprudencial constitucional y contencioso-administrativa, no cabe sino subrayar lo inadecuado de esta dependencia excesiva de las soluciones jurisdiccionales, necesariamente fragmentarias y casuísticas, por cuanto están abocadas a la resolución de supuestos particulares con sus circunstancias concretas, por no citar la inseguridad jurídica que supone para los ciudadanos el riesgo de pronunciamientos diversos, contradictorios en algunos de sus aspectos básicos y esenciales[24].

De ahí que pese a la importante labor jurisprudencial y doctrinal desarrollada tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 para la articulación del Derecho administrativo sancionador, éste siga ofreciendo importantes claroscuros, sujetos a una interpretación variable y diversa, susceptible de múltiples matices y de la excepción, incluso, en ocasiones, de aquellos principios que, procedentes del Derecho penal, son trasladados a este ámbito tanto por el texto constitucional como por la LRJAP y PAC. De ahí también que la doctrina continúe reivindicando

[22] A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, op. cit., p. 133, se hace eco de lo insuficiente del papel desempeñado por el legislador al respecto, en cuanto "se limita a leer y sistematizar la jurisprudencia constitucional", cuando "no puede contentarse con la mera proclamación de los principios y garantías, sino que tiene que desarrollarlos".

[23] A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 21, critica, en este sentido, el "inmovilismo" de la Ley 30/1992, haciendo hincapié en lo "fragmentario de su contenido" y el "cerrado dogmatismo" del texto.

[24] A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, op. cit., p. 130, es contundente al destacar la consecuencia fundamental de este vacío normativo, afirmando, en este sentido, que "lo que falta en nuestro ordenamiento no son las habilitaciones a la Administración para que sancione […]; lo que falta son justamente las garantías, los contrapesos, que son exigibles en un Estado de Derecho para el ejercicio de esa potestad". En sentido similar, entre otros, I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000, pp. 28 y ss.

en el momento actual, y con mayor intensidad aún si cabe, la necesidad de una ley general básica en la materia que canalice y disponga unos cauces comunes a la imparable dispersión y fragmentación del régimen sancionador administrativo vigente[25].

B) LAS FRONTERAS ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL. ¿DOS MANIFESTACIONES DE UN ÚNICO IUS PUNIENDI DEL ESTADO?

Tras la legitimación por la Constitución en 1978 de la potestad sancionadora de la Administración Pública, el Tribunal Constitucional ha encontrado en el artículo 25 del texto constitucional, el fundamento adecuado para sancionar una continuidad sin fisuras con la línea jurisprudencial preconstitucional inaugurada por el Tribunal Supremo de equiparación entre las sanciones administrativas y penales, en cuanto manifestación de un único *ius puniendi* estatal[26], si bien desde un nuevo enfoque, el de la sumisión de la potestad administrativa sancionadora a los principios y garantías, tanto materiales como formales, proclamados ahora constitucionalmente[27].

Y así, sostiene desde fechas tempranas, en su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, que "ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad), y una muy reiterada

[25] Vid., por todos, M. REBOLLO PUIG, "Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas", op. cit., pp. 463 y ss., quien desgrana el posible contenido de una ley de estas características, que debiera comprender, en particular, la concreción de las consecuencias de la reserva de ley en el ámbito sancionador, la regulación de elementos esenciales de las infracciones administrativas, del sujeto responsable y clases de responsabilidad, de los concursos de normas punitivas y de infracciones, así como de las clases de sanciones y reglas sobre su determinación e individualización, el establecimiento de reglas generales sobre la competencia sancionadora, la extinción de la responsabilidad y la regulación, en fin, del procedimiento sancionador para corregir el exceso normativo y las paradójicas lagunas que presiden, sin embargo, su articulación.

[26] Vid., por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1980 (Ar. 4261), en la que se afirma de forma contundente que "la imposición de una sanción por incumplimiento de órdenes administrativas constituye un supuesto de ejercicio del poder sancionador de la Administración, cuyo poder se rige por los mismos principios del orden penal clásico", sobre la base de la jurisprudencia contenida, entre otras, en las Sentencias de 27 de junio de 1950 (Ar. 936) y 12 de febrero de 1959 (Ar. 903), reiterada, a su vez, por la de 25 de marzo de 1972 (Ar. 1472).

[27] En este sentido, sobre las implicaciones de esta garantía al más alto rango normativo de la vigencia de ciertos principios y técnicas de origen penal en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, puede verse, por todos, J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo I, p. 28.

jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales", si bien con los límites materiales y formales que contribuyen a distinguir y delimitar estos ámbitos[28].

Una doctrina acorde a lo afirmado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de febrero de 1972 (Ar. 876), cuando asegura que "las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supraconcepto del ilícito cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal"[29].

De esta forma, el Tribunal Constitucional contribuye a alimentar el debate doctrinal entre las dos visiones extremas o antitéticas del fenómeno y de los principios generales de las sanciones administrativas en España. De un lado, la visión "penalista", favorable a la aplicación de idénticos principios a sanciones penales y administrativas sobre la base de la identidad sustancial existente entre ambas figuras; de otro, la visión "administrativista", que defiende, en cambio, la singularidad de las sanciones administrativas y su diversidad de caracteres con las penales[30], negando así la discrecionalidad o libertad absoluta del legislador para intercambiar ambas técnicas y proceder en cada caso a la elección de la vía de represión que considere más adecuada a la infracción o ilícito tipificado[31].

[28] FJ 2.

[29] P. FERNÁNDEZ RUIZ y M. SAMPOL PUCURULL, "Ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 66, subrayan su consideración como "decisión histórica o «*leading case*»" por muchas posteriores.

[30] Vid., con mayor profundidad, J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., pp. 34 y ss., sobre las dos grandes concepciones doctrinales del fenómeno de las sanciones administrativas, así como sus representantes más cualificados, en concreto, entre los primeros, partidarios de la visión penalista, las tesis de PARADA VÁZQUEZ, GARCÍA DE ENTERRÍA, L. MARTÍN-RETORTILLO, CEREZO MIR o BAJO FERNÁNDEZ, y, entre los segundos, favorables, en cambio, a la visión administrativista, las tesis de GARRIDO FALLA, VILLAR PALASÍ, NIETO GARCÍA o MONTORO PUERTO. Profundiza, asimismo, en esta cuestión, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, 2011, Tomo IV, pp. 943 y ss.

[31] Y así, mientras J. F. MESTRE DELGADO, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", op. cit., pp. 2.497 y ss., subraya la inexistencia de reservas materiales vinculadas a la protección jurídico-penal o a las normas sancionadoras jurídico-administrativas, destacando la libertad de elección en este punto del legislador, "a quien se encomienda constitucionalmente esa función", A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, op. cit., pp. 32 y ss., califica, en cambio, esta libertad y la ausencia de una distinción material entre los campos sancionador y penal de "importante deficiencia para la recta construcción del ordenamiento jurídico y una laguna para la protección jurídica de los intereses públicos y privados, lo que supone una llamativa paradoja en una construcción doctrinal, la del *ius puniendi*, movida fundamentalmente por consideraciones de naturaleza garantista".

Independientemente de las soluciones propugnadas, mucho se ha escrito sobre la supuesta identidad o radical diferencia entre las sanciones administrativas y las penales, sobre las notas que aconsejan o, por el contrario, desincentivan una regulación unitaria de las infracciones en uno y otro campo o sobre los hitos que han marcado la propia evolución y sustantivación del Derecho Administrativo sancionador hasta contribuir a independizarlo como rama propia del Derecho Administrativo en detrimento de su consideración como mero híbrido o colono del Derecho Penal[32].

No en vano, su dependencia inicial del Derecho penal, sancionada jurisprudencialmente al amparo del ordenamiento preconstitucional como forma de reivindicar y asegurar la vigencia en todo caso de unos derechos y garantías mínimas en su ejercicio, se vio inicialmente acentuada al socaire del tratamiento unitario dispensado por el artículo 25.1 de la Constitución a la infracción administrativa y penal. Así lo subraya tempranamente Suay Rincón, para quien "salta a la vista de manera inmediata" que la infracción administrativa y la penal son objeto en el precepto "de un tratamiento unitario", por cuanto "para ambas se dispone idéntica consecuencia, como si de la misma realidad se tratara y no hubiese diferencias entre las dos infracciones. ¿Por qué si no su equiparación y ubicación en el mismo artículo?"[33].

El artículo 25.1 se convierte así tempranamente en la piedra angular del edificio constitucional erigido para dar cobertura y legitimidad a la potestad sancionadora de la Administración, subrayando el Tribunal Constitucional la identidad ontológica entre ambos tipos de sanciones, penal y administrativa, como vía para extender a estas últimas ciertas garantías y principios de construcción depurada y consolidada en el Derecho penal[34]. Sigue, de esta forma, la senda abierta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias *Engel*, de 8 de junio de 1976, y, fundamentalmente, *Öztürk*, de 21 de febrero de 1984, en las que incide

[32] Cfr. A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 187. Para L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Multa administrativa", op. cit., pp. 679 y ss., los diversos criterios materiales de distinción alumbrados al respecto "no resisten a una crítica seria". Tampoco L. PRIETO SANCHÍS, "La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho", *REDC*, núm. 4, enero-abril 1982, pp. 99 y ss., ve razones sustanciales para sostener la ruptura de la unidad del ordenamiento punitivo del Estado.

[33] J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., pp. 171 y ss.

[34] Para M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., p. 428, la aplicación a la potestad sancionadora de la Administración de muchas de las formulaciones propias del Derecho penal y, en particular, de la teoría general del delito, se debe, en fin, a la inexistencia de una doctrina general que limitase de forma efectiva el ejercicio de aquélla y permitiera resolver "los múltiples problemas que las fragmentarias e incompletas regulaciones sobre infracciones y sanciones de diversas leyes sectoriales planteaban" al respecto. Vid., en este sentido, la actualización de su exposición a estos efectos en "Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador (principios comunes y aspectos diferenciadores)", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 316 y ss.

en la equiparación de toda sanción, independientemente de su naturaleza penal o administrativa, incluyendo aquí las sanciones disciplinarias o de autoprotección, a los efectos de los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950[35].

Profundiza, en cualquier caso, en esta doctrina constitucional la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, en la que se legitima, de forma contundente, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, con sujeción, no obstante, a unos límites y principios precisos a fin de garantizar los derechos de los ciudadanos. El Alto Tribunal afirma, en este sentido, que "nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25, apartado tercero, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos. Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el artículo 25 de la Constitución y que dimanan del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas"[36].

Esta doctrina sirve, en definitiva, de punto de partida y, en última instancia, de apoyo indiscutible, para la extensión al ámbito sancionador administrativo de las garantías y cautelas alumbradas con anterioridad en relación a la imposición de sanciones penales[37]. Y así, esta última Sentencia cita como límites a la potestad sancionadora de la Administración, derivados del artículo 25.1 de la Constitución, los principios de legalidad, interdicción de las penas privativas de libertad,

[35] P. FERNÁNDEZ RUIZ y M. SAMPOL PUCURULL, "Ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado", op. cit., p. 66, subrayan la trascendencia de la primera de estas Sentencias, caso *Engel*, relativa a un supuesto de privación de libertad en el ámbito de la disciplina militar, por cuanto supone la "taxativa declaración de la identidad ontológica entre las sanciones penales y las administrativas". Asimismo, sobre la significación en idéntico sentido de la Sentencia *Öztürk*, relativa a un procedimiento administrativo sancionador en materia de tráfico, Mª. G. RUBIO, "Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso *Öztürk*", *RAP*, núm. 104, mayo-agosto 1984, pp. 375 y ss.; F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 195 y ss.; y, J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., pp. 195 y ss., para quien se erige en "un sólido y definitivo respaldo" de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional al respecto.

[36] FJ 2.

[37] Para J. SUAY RINCÓN, "El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma", op. cit., pp. 211 y ss., no cabe sino concluir que, al amparo del artículo 25.1 de la Constitución y de su interpretación por el Tribunal Constitucional, el constituyente "ha tomado partido por una de las dos opciones posibles", asimilando las sanciones administrativas a las penales.

respeto a los derechos de defensa comprendidos en el artículo 24 de la Constitución y subordinación a la autoridad judicial, en su triple faceta de control judicial *a posteriori* de los actos administrativos sancionadores, imposibilidad de sustanciar procedimiento administrativo sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre hechos susceptibles de ser constitutivos de infracción penal y respeto por la Administración de la cosa juzgada, sin olvidar, en fin, la referencia al principio *non bis in idem*[38].

Ahora bien, el traslado de estas garantías al ámbito administrativista desde el Derecho penal no se ha realizado de forma automática sino que se ha visto acompañada de ciertas matizaciones. Los caracteres y particularidades propias de la potestad sancionatoria de las Administraciones Públicas implican ciertas modulaciones en la extensión de los principios penales al ámbito concreto de las infracciones y sanciones administrativas. Así lo advierte la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, al afirmar la aplicación "con ciertos matices" de los principios inspiradores del orden penal al Derecho administrativo sancionador[39]. Y es que "los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución". Las diferencias entre el orden penal y el ámbito administrativo sancionador no conducen, por tanto, a "una aplicación literal" de los principios del primero al segundo, "sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional"[40].

La determinación exacta de este alcance es, precisamente, una de las cuestiones más complejas y polémicas que plantea la potestad sancionadora en manos de las Administraciones Públicas; más aún si partimos de la multiplicación de instancias administrativas titulares de esta potestad y nos adentramos en el ámbito particular de las sanciones impuestas por entes institucionales y corporativos. Es, en cualquier caso, esta tendencia a matizar, modular y limitar las garantías originariamente importadas del ámbito penal por el Tribunal Constitucional sobre la base de iniciales declaraciones grandilocuentes de equiparación entre las infracciones

[38] Fundamentos jurídicos 3 y 4. La labor jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, ha contribuido a depurar, concretar y ampliar este catálogo inicial de garantías, al que se refiere T. COBO OLVERA, *El procedimiento administrativo sancionador tipo. Legislación, jurisprudencia, doctrina y formularios*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 17 y ss.

[39] Matices que, en expresión de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 364, "permiten adaptaciones funcionales, no derogaciones substanciales".

[40] FJ 2.

de orden penal y administrativo, la que ha llevado a García de Enterría y Fernández Rodríguez a denunciar, en última instancia, la eclosión y expansión imparable de un fenómeno de "parapenalidad", resultante en el "vastísimo y caótico" sistema actual de las sanciones administrativas[41].

Es, asimismo, esta disposición no sólo a moldear la rigidez sino incluso a vaciar, en ocasiones, de significado a las garantías penales en su aplicación al ámbito administrativo lo que ha propiciado la subsistencia y el recrudecimiento del debate entre quienes defienden la equiparación de sanciones penales y administrativas a todos los efectos y quienes entienden, por el contrario, que existen rasgos que contribuyen a diferenciarlas y que exigen su tratamiento y regulación autónoma a efectos de no menoscabar los derechos y garantías del potencial infractor[42].

Y así frente al reconocimiento taxativo, entre otros, de Garberí Llobregat y Buitrón Ramírez de la "identidad sustancial del fenómeno sancionador penal y administrativo" y de la "homogeneidad ontológica de las distintas vertientes del Derecho sancionador"[43], para otros autores, sirva a modo de ejemplo la contribución al respecto de Huergo Lora, tal delimitación no es sólo posible sino "imprescindible para coordinar los dos instrumentos punitivos del Estado y dar sentido a los distintos preceptos legales y aun constitucionales que les otorgan un tratamiento diferente"[44].

Lo cierto es, en cualquier caso, que la doctrina tanto penal como administrativa parece aceptar pacíficamente, sobre la base del artículo 25 de la Constitución y de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, ratificada y apuntalada a estos efectos por la del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, un cierto

[41] E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2008, Tomo I, p. 248.

[42] Ofrecen, en este sentido, una completa recapitulación de la presentación usual del Derecho administrativo sancionador y las consecuencias de la supresión de las diferencias entre las sanciones administrativas y penales, A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, op. cit., pp. 19 y ss.; I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., pp. 33 y ss. Vid., asimismo, la doctrina por ellos citada.

[43] J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo I, p. 47. Conclusión a la que ya había llegado el primero de los autores citados en J. GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., p. 69, para deducir que "como no es posible un contraste a nivel ontológico, el único camino accesible para evitar el peligro de la elusión de las garantías del Convenio de Roma en tanto aplicables al injusto administrativo […] resulta ser la aplicación de los principios penales al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración". A favor de la equiparación entre ambos tipos de sanciones, vid., entre otros, J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., pp. 73 y ss.; y, P. FERNÁNDEZ RUIZ y M. SAMPOL PUCURULL, "Ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado", op. cit., pp. 66 y ss.; así como la doctrina por ellos citada.

[44] No en vano, para el autor citado, A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, op. cit., p. 15, la traslación y aplicación de los principios del *ius puniendi* al ámbito sancionador administrativo "es mucho más aparente que real".

fundamento o base común a ambas vertientes sancionadoras, esto es, la penal y la administrativa. Un sustrato común que no es impedimento para reconocer la evolución dispar de ambas ramas sancionadoras[45].

Ambas han protagonizado una expansión sin precedentes. El Derecho Administrativo sancionador sobre la base de la intervención administrativa en sectores hasta ahora vedados a la intervención pública; el Derecho penal a raíz del movimiento que cabría tildar de "huida al Derecho penal" por el legislador durante los últimos años[46]. Su crecimiento y desarrollo han contribuido a separar la evolución de ambas ramas, de forma que tras un primer proceso de integración del Derecho Administrativo sancionador por las técnicas y principios propios del Derecho penal, se observa ahora, en cambio, una progresiva sustantivación del primero, marcada y pautada por una serie de mutaciones importantes que han contribuido a situar la rama administrativa sancionadora a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo general, necesitada, en definitiva, de la construcción de una teoría general propia que resuelva sus problemas interpretativos más acuciantes[47].

Su sustrato común y evolución dispar permiten hablar, en este sentido, de un único *ius puniendi* estatal integrado por dos ramas distintas, autónomas, independientes y, ante todo, no subordinadas la una a la otra, sino con sus propios caracteres y especificidades que contribuyen a individualizar y matizar los rasgos comunes que ambas comparten. De un lado, el Derecho penal, de otro, el Derecho Administrativo sancionador. Ambas comparten legitimidad y reconocimiento constitucional al socaire del enunciado del artículo 25.1 de la Constitución, así como unos principios esenciales que el constituyente ha erigido en límites y garantías para los ciudadanos ante el ejercicio de estas potestades represivas, si bien con los caracteres y modulaciones que cada una de estas ramas exige para

[45] Y así, para I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 36, el debate ha perdido gran parte de su interés, por cuanto "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". Asimismo, sobre el alcance de la aproximación de regímenes y la subsistencia de diferencias, M. REBOLLO PUIG, "Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador (principios comunes y aspectos diferenciadores)", op. cit., pp. 324 y ss.

[46] Contraria, sin embargo, a las recomendaciones de la doctrina, situada más bien, en expresión de M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 50, en un movimiento de "huida del Derecho penal".

[47] Cita A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 178 y ss., como hitos más importantes de la evolución del régimen jurídico del Derecho Administrativo sancionador y de su progresiva sustanciación, su paso de la represión a la prevención, del daño como elemento central que se castiga al riesgo y de la defensa de los derechos individuales a la de los intereses públicos y generales, identificando, p. 570, como la "rémora que más entorpece" su desarrollo actual, su "descoordinación" con el Derecho Administrativo material, "puesto que éste sigue considerando a aquél como un anejo incómodo".

su correcto y eficiente funcionamiento[48]. Determinar de antemano el alcance y la profundidad de estas matizaciones es, precisamente, una de las cuestiones capitales aún pendientes del Derecho Administrativo sancionador actual[49].

C) LA TRASLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PENALES AL ÁMBITO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO.

La incorporación sancionada al amparo de nuestra Constitución de 1978 de los principios y garantías penales al ámbito del Derecho sancionador administrativo supone, en última instancia, la culminación de la doctrina "firme y terminante" del Tribunal Supremo, cimentada ya en la etapa preconstitucional, conforme a la que la ausencia de normas claras y expresas en el ámbito sancionador administrativo no puede entenderse como una habilitación en blanco a la Administración, para que colme las lagunas correspondientes de la forma que considere más oportuna, sino como una remisión tácita a los principios y técnicas garantistas característicos del Derecho penal[50].

En este sentido, y pese a la extensión de la cita, conviene traer aquí a colación la labor de síntesis realizada al respecto por el fundamento de derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1990 (Ar. 7316):

> "El artículo 25 de la Constitución española equipara en sus líneas maestras el *ius puniendi* del Estado y la potestad sancionadora [de la Administración],

[48] A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 164 y ss., ensaya, en este sentido, una teoría de integración del Derecho Administrativo sancionador por el Derecho Penal sobre la consideración de la inserción de ambas potestades, penal y administrativa, en un genérico, único y superior *ius puniendi* del Estado, regido por el Derecho público estatal, del que emanan, en última instancia, sus dos variedades, el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, con todas las consecuencias que de ello se siguen. En idéntico sentido, A. SÁNCHEZ LAMELAS, "Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: consideraciones en torno a los principios de garantía", en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, Tomo I, p. 384; y, B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 104. Asimismo, sobre el fundamento último de este *ius puniendi* del Estado, J. A. GARCÍA AMADO, "Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites", op. cit., pp. 11 y ss.

[49] No en vano para T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El principio de legalidad en materia sancionadora", op. cit., p. 640, el artículo 25 de la Constitución se singulariza, fundamentalmente, por su "ambigüedad calculada". En todo caso, para A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 171, el resultado de las puntualizaciones jurisprudenciales, y por tanto casuísticas, de la transposición de principios y criterios penales al ámbito del Derecho Administrativo sancionador, supone "una intensa relativización" de estos últimos, de forma que "no se sabe si lo esencial es la aplicación o, más bien, las matizaciones con que hay que realizarla".

[50] Da noticia de esta "vigorosa reacción" del Tribunal Supremo, que tuvo lugar en los años setenta, si bien con antecedentes importantes que se remontan incluso a la década de los cincuenta, J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., p. 163. Vid., asimismo, la reflexión y el pormenorizado análisis al respecto de A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, op. cit., pp. 22 y ss.

equiparación que tiene su origen inmediato en la Sentencia que el 9 de febrero de 1972, había dictado la vieja Sala Tercera de este Tribunal Supremo donde se anticipan lúcidamente, con los materiales legislativos de la época, planteamientos y soluciones ahora consolidados. Efectivamente, en esta decisión histórica, como así ha sido calificada, en este auténtico *leading case* se decía, con clara conciencia de su alcance, que «las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supraconcepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal». Tal razonamiento se utilizó también por la misma Sala para distintas finalidades y en relación con otras facetas de la potestad sancionadora en varias Sentencias posteriores mientras que en muchas más se da por supuesta esta premisa. Y el Tribunal Supremo añadía, ya entonces: «ambos ilícitos exigen un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre éste y la acción, […] esencia unitaria que, sin embargo, permite los rasgos diferenciales inherentes a la distinta función para la cual han sido configurados uno y otro ilícito». […] La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, como una de las manifestaciones de la potestad de «policía» en el sentido clásico de la palabra, se mueve en un contexto intrínsecamente penal. El Tribunal Supremo así lo ha venido proclamando desde hace casi veinte años y ha obtenido en cada caso las consecuencias de tal tesis en orden a los diversos aspectos sustantivos o formales, desde la tipificación a la irretroactividad, desde el principio de legalidad a la prescripción, desde la audiencia del inculpado a la proscripción de la *reformatio in peius*".

Recoge el testigo de esta construcción jurisprudencial el Tribunal Constitucional, profundizando de forma decidida en sus primeras Sentencias en sus consecuencias e implicaciones para la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Son capitales, en este sentido, para la formulación de límites constitucionales a la citada potestad, las Sentencias 2/1981, de 30 de enero, y 18/1981, de 8 de junio[51].

Esta última sostiene, en particular, que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador,

[51] Dos Sentencias estimadas por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 360, "de primera importancia para nuestro Derecho Público". La primera de ellas ratifica la vigencia en nuestro Derecho sancionador del principio *non bis in idem*, pronunciándose la segunda de ellas, en cambio, sobre las garantías procedimentales vigentes en el ámbito sancionador administrativo.

dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo […], hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales", si bien reconoce la existencia de ciertas diferencias derivadas de la imposibilidad administrativa, conforme al artículo 25.3 de la Constitución, de imponer penas que impliquen directa o subsidiariamente privación de libertad, así como de otras distinciones de carácter formal en cuanto a la calificación de la conducta como infracción penal o administrativa, la competencia sancionadora o el procedimiento a seguir para su imposición. Divergencias que no son, en cualquier caso, de suficiente entidad como para obviar que "los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución"[52].

La aportación fundamental de ambas Sentencias estriba en que apuntalan la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración, a la que se refieren expresamente los artículos 25 y 45 de la Constitución, señalando, además, la existencia de límites constitucionales consustanciales a su ejercicio[53]. Cortapisas sobre las que vuelve, con posterioridad, la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, en la que se desgranan de forma concreta los principios y garantías penales vigentes en el ámbito sancionador administrativo a resultas de esta equiparación constitucional. Y así, subraya el Tribunal la existencia de límites claros a la potestad sancionadora de la Administración, "que de manera directa se encuentran contemplados por el artículo 25 de la Constitución y que dimanan del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones", es más, "contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos"[54].

[52] FJ 2. De esta forma, el Tribunal Constitucional permite llevar el análisis por encima del texto literal del artículo 24 de la Constitución. Así lo subraya tempranamente E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional", op. cit., pp. 362 y ss.

[53] Para S. HUERTA TOCILDO, "Principio de legalidad y normas sancionadoras", en la obra colectiva *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 13, no cabe duda que el método "extensivo" empleado, en este sentido, por el Tribunal Constitucional para la interpretación del artículo 25.1 de la Constitución le ha permitido extraer "*in bonam partem*, mucho más de lo que su tenor literal en verdad expresa". Sobre la tensión desatada, en este sentido, entre eficacia y garantías en relación con la represión administrativa, B. LOZANO CUTANDA, "La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho Administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad", en C. PICÓ LORENZO (Dir.), *Las fronteras del Código Penal y el Derecho Administrativo sancionador*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 52 y ss.

[54] FJ 2.

Enfrentado a la delicada tarea de enumerar e identificar las citadas garantías, reconduce el Tribunal aquéllas que derivan del artículo 25.1 de la Constitución fundamentalmente a cuatro[55]. De un lado, "la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia de carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan"; de otro, "la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas"; en tercer lugar, "el respeto a los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones"; y, en fin, "la subordinación a la autoridad judicial", con todo lo que ello implica, esto es, el necesario control *a posteriori* por el poder judicial de las sanciones administrativas mediante el correspondiente recurso, la preeminencia de la vía penal en aquellos casos en que los hechos pudieran ser constitutivos de una infracción de esta naturaleza y el necesario respeto a la cosa juzgada[56].

Es evidente que mucho ha progresado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde entonces en cuanto se refiere a la identificación, concreción y puntualización de las garantías de los derechos de los ciudadanos ante el ejercicio administrativo de la potestad sancionadora. Pese a todo, no cabe sino compartir la opinión de Sanz Gandásegui que advirtió tempranamente de lo poco convincente de la enumeración, en cuanto que "ni son todos los que están, ni están todos los que son", si bien sin olvidar lo reseñable de "la idea fundamental del Tribunal en el sentido de que existen unos límites constitucionales a la potestad sancionatoria de la Administración que deben servir para controlar su actuación y su ámbito de vigencia"[57].

---

[55] Sin perjuicio de reconocer, asimismo, la extensión de las garantías procedimentales del artículo 24 de la Constitución a la sustanciación del procedimiento sancionador administrativo. El FJ 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio, sostiene, en este sentido, que los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto "no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme. Por el contrario, la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculpado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga".

[56] FJ 3.

[57] Y así, F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 68, hace hincapié en la progresiva construcción posterior de los principales componentes de esta doctrina en los fallos del Tribunal, componentes que quedan, en cualquier caso, al menos apuntados en sus elementos básicos en esta Sentencia de 1983. También J. GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., pp. 74 y ss., se refiere a esta traslación de los principios penales a la potestad administrativa sancionadora, atribuyéndola a tres tipos de razones justificativas, en concreto, de índole estructural, garantista y coyuntural.

Así lo resalta, en particular, la Sentencia 239/1988, de 14 de diciembre, en la que subraya el máximo intérprete constitucional el significado capital de los postulados del artículo 25.1 de la Constitución en cuanto garantías que contribuyen a limitar la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, sin que puedan "extenderse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica […] a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador"[58].

Ahora bien, pese a la importancia indudable de estas Sentencias, en todas ellas se subraya la traslación con matices, límites o diverso alcance de los principios penales al ámbito del Derecho Administrativo sancionador. Una modulación en la que ocupará un lugar fundamental la pronta distinción que realiza el Tribunal Constitucional, así, a título de ejemplo, en la Sentencia 66/1984, de 6 de junio, entre las sanciones administrativas de protección del orden general, "próximas a las punitivas y reclamadoras, en línea de principios, de garantías que, teniendo su inicial campo de aplicación en el punitivo, son extensibles al sancionador […] en la medida que la afinidad material lo exija", y las sanciones incluidas "en un cuadro complejo dentro de una relación especial, que se genera en virtud de un acuerdo voluntario entre los particulares […] y la Administración"[59].

En cualquier caso, el cuerpo doctrinal formado por el Tribunal a lo largo de los años en sus múltiples Sentencias sobre la potestad sancionadora de la Administración ha procedido a concretar los matices con que debe producirse esa incorporación o traspaso de las técnicas penales al ámbito sancionador administrativo, independientemente del ámbito concreto, general o especial, en que recaiga la sanción impuesta. Y así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre, entre otras, alude "a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador se trata", por cuanto "esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza"[60].

---

[58] FJ 2.

[59] FJ 1. Incide de nuevo en esta distinción la capital Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, dictada en el caso «Casino de Mallorca» y sobre la que se volverá al hilo del análisis del principio de legalidad vigente en el ámbito sancionador administrativo. Sobre la constitucionalidad y justificación de la existencia de la potestad sancionatoria administrativa a la luz de la doctrina constitucional de esta Sentencia, vid. F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 79 y ss.

[60] FJ 2.

El legislador toma el testigo de esta fundamental labor jurisprudencial, como no podía ser de otra manera, en el Título IX de la LRJAP y PAC. La exposición de motivos de la Ley resulta suficientemente ilustrativa al respecto:

> «El Título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del Derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención.
> Entre tales principios destaca el de legalidad o *ratio democrático* en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, proporcionalidad, interdicción de la analogía, etc.
> Todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias».

Resultado de todo ello es la plasmación en la Ley 30/1992, de una serie de principios que carecen de desarrollo legal adecuado y suficiente como para erigirse en una auténtica parte general del Derecho Administrativo sancionador con las garantías que exige, en este sentido, la deseable seguridad jurídica. La Ley se limita a reconocer unos principios identificados, definidos, desarrollados y, posteriormente, matizados, modulados y excepcionados por la propia jurisprudencia, tanto constitucional como contencioso-administrativa, dando rienda suelta así en la materia a un "principialismo desbocado" que suscita más dudas de las que efectivamente resuelve[61].

[61] Se da lugar a lo que A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 44, califica de "abuso nominal de principios generales del Derecho". En idéntico sentido crítico con "estos tiempos de principialismo desbocado y de consiguiente relativismo semántico de doctrinantes, legisladores, Administraciones, jueces y magistrados constitucionales", J. A. GARCÍA AMADO, "Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites", op. cit., p. 19. Para A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, op. cit., p. 43, este principialismo se ha convertido en la técnica normativa habitual de recepción de las garantías penales y supone la "proclamación enfática" de un principio básico del Derecho penal "sin acompañarlo de un desarrollo sistemático". Se trata de una solución que plantea, en opinión del autor, pp. 131 y ss., varias cuestiones problemáticas. De un lado, la limitación excesiva de las competencias del legislador en materia administrativa sancionadora al vincularle a unas soluciones concretas propias del Derecho penal por entenderlas incorporadas e implícitas en la Constitución; de otro, la trivialización del papel del legislador que se limita a "leer y sistematizar la jurisprudencia constitucional" cuando su papel debe ser el de desarrollar los principios y garantías básicas del Derecho Administrativo sancionador.

Si bien es cierto que muchas de estas matizaciones responden, en última instancia, a la diferencia más importante que existe entre delito e infracción administrativa, esto es, la autoridad competente para imponer en cada caso el castigo o sanción[62], también lo es que la tesis de un único *ius puniendi* estatal y de la identificación ontológica entre las dos clases de ilícitos ha supuesto en la práctica una subordinación absoluta del Derecho Administrativo sancionador al Derecho penal, dando lugar a la importación de principios, técnicas y construcciones propias de este último, que son, a continuación, teñidos o modificados en función de los intereses generales o colectivos afectados por la regulación de la infracción administrativa correspondiente[63].

Se impone, en definitiva, descender de forma casuística a cada ámbito sancionador administrativo en particular, a cada sanción concreta, a efectos de justificar en cada caso las modulaciones operadas y las causas que subyacen a su aplicación[64]. Una tarea que se antoja, como bien se comprende, imposible de abordar y aprehender ante la fragmentación de la potestad administrativa sancionadora y las fracturas que recorren en distintas direcciones, como se verá *infra*, el Derecho Administrativo sancionador.

Se trata, en opinión de NIETO, de una "muestra típica de la actividad jurisprudencial", que "primero hace una declaración rotunda (la traslación del régimen penal) que revoluciona la situación anterior y luego se ve obligada a introducir reservas y cautelas (la traslación con «matices»)"[65]. Como botón de muestra, el enunciado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1988 (Ar. 9988), en la

[62] Así lo subraya M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., p. 441, para quien la negación de diferencias cualitativas entre infracciones y delitos impone necesariamente esta conclusión. Para A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, op. cit., pp. 46 y ss., en cambio, la aceptación como punto de partida de la identidad ontológica entre ambos ilícitos impide encontrar un criterio "que explique racionalmente el fundamento y el alcance de estas modulaciones" o la razón de que no se admitan en materia penal.

[63] Para A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 26, la auténtica perversión del sistema radica en que el Derecho Administrativo sancionador no se nutre del Derecho público estatal, regulador del *ius puniendi* único y superior del Estado, sino del Derecho Penal, una de las dos ramas en que se desgaja, más preocupado y centrado en el respeto a los derechos del inculpado, "mientras que en el Derecho público estatal, sin menosprecio de las garantías individuales, pasa a primer plano la protección y fomento de los intereses generales y colectivos".

[64] Por cuanto no suponen tan sólo atenuar el rigor de los principios y técnicas penales, sino una adecuación completa al hecho de la competencia administrativa. En idéntico sentido, M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., pp. 441 y ss. Asimismo, J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., p. 202.

[65] A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 170.

que se afirma que la materia del Derecho Administrativo sancionador es una de las "más necesitadas de una regulación clara en nuestro Derecho. Y si bien a partir de la entrada en vigor de la Constitución se ha avanzado bastante en orden a perfilar la auténtica esencia de las infracciones y sanciones administrativas, no diferente, salvo en lo orgánico, de las infracciones y sanciones penales, lo cual supone que los mismos principios imbricadores se aplican a todo el Derecho punitivo del Estado, son muchas las cuestiones todavía dudosas cuya resolución definitiva sólo puede venir por la vía de una ley reguladora de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Entre tanto los Tribunales tienen que ir buscando la justicia que se esconde bajo la letra de los textos en vigor mediante una penosa labor en que han de conjugar –hasta donde es posible con un ordenamiento tan imperfecto en este punto– las dos ideas contrapuestas de la garantía del ciudadano y la eficacia del actuar administrativo"[66].

En cualquier caso, la gravedad de la reacción punitiva y su afección a la esfera de los derechos fundamentales del ciudadano impone, en última instancia, esta sujeción de la potestad sancionadora de la Administración a unos límites que se pretenden claros y precisos, acudiéndose, a estos efectos, a una construcción jurídica ya asentada, como es la penal, a fin de asegurar con su traslación automática al ámbito administrativo la vigencia de una serie de garantías tanto materiales como procedimentales que habrían de reforzar al máximo la seguridad jurídica en la materia. De ahí la trascendencia, en fin, de la extensión por la jurisprudencia constitucional de los artículos 24 y 25 de la Constitución al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Administraciones Públicas[67].

66 Fundamento de derecho segundo. Sentencia citada, asimismo, por A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 170 y ss.

67 R. PARADA VÁZQUEZ, "Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas", op. cit., p. 25, se muestra crítico, en este sentido, con la "santificación" y "sacralización" del "poder punitivo en la Administración" por el artículo 25 de la Constitución. Otros autores han alabado, en cambio, lo que suponen tanto los artículos 24 como 25 de la Constitución para la extensión de garantías importantes a los derechos de los ciudadanos ante el ejercicio de esta potestad sancionadora. L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 31 y ss., profundiza, en este sentido, en la jurisprudencia constitucional relativa a la aplicación de muchos de los derechos del artículo 24.2 de la Constitución al procedimiento administrativo sancionador y, si bien reconoce la ambigüedad y los problemas interpretativos que plantea, sostiene que "eso no descalifica la vía emprendida que, por el contrario, hay que consolidar para, entre otras cosas, reforzar la seguridad jurídica". Sobre las implicaciones, asimismo, de este último precepto constitucional para el procedimiento administrativo sancionador, F. LÓPEZ MENUDO, "Principios del procedimiento sancionador", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 159 y ss. También M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., pp. 52 y ss., ha defendido la necesidad de que la "tendencia general" vaya hacia un incremento, y no una reducción, de las garantías en este ámbito, sin llegar, no obstante, "a la plena equiparación [penal-administrativa] que carecería por completo de sentido". A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, op. cit., p. 172, entiende, en cambio, que si bien el reconocimiento de la potestad sancionadora administrativa en el artículo 25 se revela prudente, resulta, en último término, más aún a la luz del Derecho comparado, innecesaria a este respecto.

III. LA MODULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PENALES APLICABLES AL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN. EN PARTICULAR, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Los principios y garantías alumbrados en el ámbito sancionador penal son, en suma, trasladados a la esfera de las sanciones administrativas por la labor continuada y constante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien con numerosas excepciones, modulaciones y matizaciones que contribuyen a distinguir la garantía finalmente aplicable en el ámbito sancionador administrativo de su modelo originariamente penal. Constituyen, en cualquier caso, salvaguardas tanto de carácter material como procedimental, destacando entre todas ellas una en particular, concretamente, la extensión a la potestad sancionadora de la Administración de las consecuencias e implicaciones propias del principio de legalidad penal[68].

En este sentido, el mayor interés que suscita a los efectos de este estudio se debe, de un lado, a la complejidad innata del propio principio, con el que se aluden y designan conceptos jurídicos diversos aunque próximos entre sí[69], que en el

68 Así, por todos, J. SUAY RINCÓN, "La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar", op. cit., p. 47, para quien la trascendencia alcanzada por el principio de legalidad en materia sancionadora es tal que "impregna la casi totalidad del régimen jurídico de la potestad sancionadora de la Administración".

69 En este sentido, P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 91, subrayan cómo bajo la rúbrica "principio de legalidad" se incluyen tanto el análisis de una de las técnicas de sometimiento de la actuación administrativa al Derecho, como el problema de las reservas legales en general o de las vigentes en materia sancionadora en particular.

ámbito sancionador suponen la exigencia de una mayor garantía o tutela de los derechos de los ciudadanos afectados que en otros ámbitos relacionados con el ejercicio de potestades administrativas diversas[70], así como, de otro, a la dificultad que acarrea su aplicación y necesaria modulación en función de la fragmentación de la titularidad de la potestad sancionadora administrativa y la multiplicación consiguiente de los entes públicos llamados a ejercerla, problema que se acrecienta aún más si nos acercamos al abigarrado universo de los múltiples y variados entes institucionales y corporativos con capacidad en nuestro ordenamiento jurídico para imponer sanciones administrativas.

Y así, conforme al artículo 25.1 de la Constitución, "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Un enunciado que encierra en sí mismo y constitucionaliza, en definitiva, la complejidad propia del contenido del principio de legalidad penal, trasladando toda su eventual problemática, así como el riesgo de un cierto rigorismo, al ámbito sancionador administrativo[71].

El contenido del principio de legalidad fijado y consensuado por la dogmática penal, el conjunto de garantías o subprincipios que se entienden comprendidos en el mismo[72], se traslada así *in toto* al Derecho administrativo sancionador, configurándose como auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos en su sujeción a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas[73].

---

70 Para J. SUAY RINCÓN, "La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia", *JA*, núm. extraordinario, 2001, p. 10, no cabe duda que el principio de legalidad "conforma y determina el régimen de las infracciones y sanciones administrativas", constituye, en este sentido, "su referencia primera".

71 De "congelación extremada" habla, en este sentido, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 47. M. REBOLLO PUIG, "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RAP*, núm. 125, mayo-agosto 1991, p. 65, recuerda, en este sentido, que "principio de juridicidad", "principio de legalidad", "principio de jerarquía normativa y reserva de ley", son "expresiones cargadas de valores convencionales no siempre depurados, por lo que es conveniente extremar el rigor en su utilización".

72 Sobre el contenido del principio de legalidad para la dogmática penal y su traslación al ámbito administrativo, vid., A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, op. cit., pp. 208 y ss., y la doctrina allí citada; S. HUERTA TOCILDO, "Principio de legalidad y normas sancionadoras", op. cit., pp. 14 y ss.; y, J. M. SERRANO ALBERCA, "Artículo 25.1", en F. GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 579 y ss. También J. GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., pp. 72 y ss., se refiere al contenido del principio penal, en que quedan comprendidas la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), la garantía penal (*nulla poena sine lege*), la garantía jurisdiccional (*nulla poena sine iudicium* o *nemo damnetur nisi per legale iudicium*) y, por último, la garantía de ejecución, según la cual no puede ejecutarse la sanción sino en la forma concreta prevista por la Ley.

73 Para F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 95 y ss., del artículo 25 de la Constitución surgiría un derecho a la legalidad, con diversas implicaciones, que podría reclamarse en amparo y acceder al Tribunal Constitucional, pero que no admitiría "desarrollo" o "regulación", sino que "agotaría su eficacia en su cumplimiento por

No en vano, el propio Tribunal Constitucional, haciéndose eco de la teoría general pacíficamente construida y aceptada al respecto por los penalistas, había desgranado desde fechas tempranas, concretamente, en su Sentencia 8/1981, de 30 de marzo, las garantías básicas que subyacen al contenido del principio de legalidad penal recogido en el artículo 25.1, "de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas […]. Se infiere también de tal precepto que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal (principio de tipicidad) y, asimismo, que la Ley penal que contenga la tipificación del delito o falta y su correspondiente pena ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión"[74].

El Tribunal se pronuncia por vez primera sobre la transposición del principio de legalidad así entendido al ámbito administrativo sancionador en su Sentencia 42/1987, de 7 de abril, conocida también como Sentencia Casino de Mallorca. En ella sostiene rotundamente que el derecho fundamental enunciado en el artículo 25.1 de la Constitución "incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo". Así enunciada, comprendería una doble garantía, "la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes". La segunda, en cambio, "de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho artículo 25.1 es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora"[75].

El Tribunal identifica así dos perspectivas intrínsecamente unidas pero, en cualquier caso, diversas en la aplicación del principio de legalidad a la potestad san-

---

la Administración y por el legislador, sin que pueda hablarse de una reserva constitucional de ley sobre el desarrollo o regulación de este derecho fundamental". Se deben quizá a esta interpretación dominante los problemas e inconvenientes surgidos de la ausencia de un desarrollo legal suficientemente explícito y detallado acerca del alcance y contenido del principio de legalidad en el ámbito sancionador administrativo, así como el abandono de la concreción de sus límites a la labor de la jurisprudencia que, por su propia función y naturaleza, tan sólo puede ofrecer soluciones parciales, casuísticas, fundadas en un supuesto particular, pero, en cualquier caso, insuficientes para dotar de una mínima seguridad jurídica al ordenamiento administrativo sancionador.

74 FJ 3. R. RIVERO ORTEGA, *El estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 102, subraya, además, el "importante componente procedimental" del fundamento de la doctrina de la reserva de ley, "asociado a la garantía de razonabilidad y de publicidad que ofrece el procedimiento legislativo".

75 FJ 2.

cionadora, ya sea penal o administrativa[76]. De un lado, su vertiente material, relativa al principio de tipicidad y al mandato de que el legislador describa suficiente y adecuadamente, en sus elementos básicos más importantes, las conductas representativas de infracción y las consecuencias sancionadoras aparejadas a las mismas[77]. De otro lado, su vertiente formal, centrada, en cambio, en dilucidar y garantizar el rango jerárquico que debe caracterizar en todo caso a la norma penal o administrativa tipificadora del correspondiente binomio infracción-sanción[78].

Más precisa en la descripción de estas dos facetas, aunque menos grandilocuente, resulta la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990, de 5 de julio, en la que se describe de forma más detallada la doble garantía que comprende "el derecho a la legalidad penal". Por una parte, su vertiente formal, "vinculada a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de previsión de las correspondientes sanciones", esto es, reserva absoluta de ley salvo en lo referente a las penas privativas de libertad donde la reserva debe entenderse de ley orgánica. Quedaría zanjado así el debate acerca de la interpretación de la expresión constitucional "legislación vigente" y de una posible reserva de ley orgánica en el ámbito administrativo sancionador, que sería necesaria tan sólo en el ámbito penal, correspondiendo al ámbito administrativo una reserva de ley ordinaria. Por otra parte, su vertiente material, "referida a la seguridad de la prohibición que comporta la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción que incorpora" y en virtud de la que quedarían excluidas la interpretación analógica *in malam partem* o las cláusulas abiertas. Se trata, en definitiva, de garantizar la estricta observancia en última instancia de aquella regla por la que no cabe sancionar si no es en virtud de *lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa*[79].

76 Para G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", en la obra colectiva *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 86, no cabe duda que la diferenciación entre estas dos vertientes es posible tanto por su contenido como por su fundamento, resultando particularmente útil y necesaria para comprender las analogías y diferencias entre el ámbito penal y el sancionador administrativo en cuanto a la observancia del principio de legalidad en cada uno de ellos, aun cuando aparezcan especialmente ligadas en relación a ciertos problemas.

77 Garantía esencial para asegurar "que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes", tal y como sostiene, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, FJ 2.

78 La reserva de ley o garantía formal tiene aquí una función fundamental en orden a garantizar la seguridad jurídica, conforme establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987, de 21 de enero, FJ 2.

79 FJ 3. El Tribunal se remite, respecto a esta última regla, a los términos en que se había pronunciado al efecto en su Sentencia 133/1987, de 21 de julio.

Y es que a estas dos vertientes esenciales debe unirse, en todo caso, una tercera manifestación del principio de legalidad en materia sancionatorio administrativa, de naturaleza propiamente temporal e íntimamente unida a las facetas ya citadas. No es otra que la necesidad de que la norma correspondiente prevea y tipifique la conducta infractora, así como la consecuencia sancionadora que lleva aparejada, con anterioridad a su comisión, excluyéndose, por tanto, la retroactividad de la norma sancionatoria desfavorable[80].

Ahora bien, el rigor y la rotundidad inicial de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se han ido suavizando con el paso de los años al albur de la propia evolución del Derecho Administrativo sancionador y de la necesidad pragmática de amparar el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora aun en ciertos supuestos en que resulta sumamente complejo el cumplimiento de todos los requisitos que instaura al respecto el principio de legalidad interpretado desde una perspectiva estrictamente penal[81]. Transcurrido algún tiempo de las iniciales reacciones tanto doctrinales como jurisprudenciales al texto constitucional y, en particular, a las consecuencias derivadas del enunciado de su artículo 25.1, la aplicación conjunta y simultánea del principio de legalidad a los ordenamientos penal y administrativo sancionador ha basculado, en suma, "entre el dogma y la realidad", en cuanto que de una "primera impresión globalizadora y taxativa en la exigencia" se ha derivado hacia "posiciones más flexibles"[82].

80 Sobre la existencia de estas tres facetas indisolubles en el principio de legalidad sancionatorio administrativo, vid., por todos, F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 93.

81 No en vano, denuncia L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, "¿Son trasplantables en bloque a la potestad sancionadora de la Administración las garantías que limitan el *ius puniendi* de los Tribunales? Respuesta a la luz de un supuesto concreto: las sanciones impuestas por infracciones al régimen horario aplicable a los espectáculos públicos", op. cit., p. 986, el "irreflexivo efecto mimético de trasposición en bloque de lo procesal-penal a lo administrativo-sancionador" respecto a las garantías del infractor que contribuye a horadar las prerrogativas de la Administración en materia sancionadora. También se muestra crítico con el ejercicio "hipergarantista" de la potestad sancionadora de la Administración derivado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y confirmado después por el enunciado de la LRJAP y PAC, J. GARBERÍ LLOBREGAT, "Potestad sancionadora, jurisprudencia constitucional y reforma del control jurisdiccional de las sanciones administrativas", *AJA*, núm. 324, 1997, pp. 4 y ss., para quien "la implantación de la práctica totalidad de los principios penales materiales y procesales penales no ha supuesto un cambio de óptica de resultados enteramente satisfactoria".

82 Por todos, A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, op. cit., p. 219. J. SUAY RINCÓN, "Las sanciones administrativas", en J. A. SANTAMARÍA PASTOR y L. PAREJO ALFONSO (Dirs.), *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 204, ha sintetizado las razones alegadas por la jurisprudencia para postular la aplicación de los principios penales "con ciertos matices" a las sanciones administrativas. Entre ellas, "la más que discutible diversidad cualitativa entre las sanciones administrativas y las penales", "la consideración de que la potestad sancionadora de la Administración es ontológicamente distinta de la penal", o de que "la relación entre Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal no es una relación de menor a mayor", o, en fin, que "mientras los ilícitos penales son delitos naturales, los administrativos lo son artificiales".

Es así como la propia jurisprudencia constitucional se ha ido alejando paulatinamente de la rigidez y firmeza de sus manifestaciones iniciales de equiparación entre los ámbitos penal y administrativo[83], inclinándose por un sistema de matizaciones o modulaciones que entraña, cuando menos, un cierto riesgo respecto del principio de seguridad jurídica que debe imperar en esta materia por cuanto resulta imposible conocer *a priori* de un modo previsible y concluyente si la solución jurisprudencial del caso particular se va a inclinar por la aplicación estricta del principio de legalidad o, en cambio, por la apreciación de un cierto margen de flexibilidad y la vigencia, en consecuencia, de una modulación del mismo[84].

Así las cosas, no cabe sino compartir la valoración del *statu quo* actual realizada por SUAY RINCÓN, para quien, una vez afirmada la vigencia del principio de legalidad en materia sancionadora tanto administrativa como penal a partir del artículo 25.1 de la Constitución, pervive aún el debate constitucional sobre la determinación de su contenido, alcance y consecuencias, por cuanto "la controversia parece persistir en torno al mantenimiento o no de unas exigencias mayores o menores según los casos (en este punto se sitúa, justamente, el debate), en la proyección concreta del citado principio sobre el Derecho Administrativo sancionador"[85].

A) LA GARANTÍA FORMAL EN MATERIA SANCIONADORA: LA RESERVA DE LEY COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El artículo 25.1 de la Constitución consagra, según se ha expuesto *supra*, la vertiente o perspectiva formal del principio de legalidad en materia administrativa sancionadora al disponer que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa "según la legislación vigente en aquel momento". La parquedad y ambigüedad del enunciado son notorias, correspondiendo, en este sentido, un papel clave a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la concreción del significado y las implicaciones del citado principio para con la potestad sancionadora administrativa[86].

[83] Para S. HUERTA TOCILDO, "Principio de legalidad y normas sancionadoras", op. cit., p. 14, no cabe duda que la línea evolutiva trazada por el Tribunal Constitucional en su interpretación del artículo 25.1 de la Constitución revela abiertamente "sus dudas y vacilaciones e, incluso, su relativa «incomodidad» ante la multiplicidad de perfiles que ofrece el derecho fundamental a la legalidad penal".

[84] A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 48 y ss., se muestra sumamente crítico con el sistema por cuanto lo deja todo "en manos de la prudencia del juez".

[85] J. SUAY RINCÓN, "La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia", op. cit., p. 9.

Clave si bien, en todo caso, insuficiente en su desarrollo hasta el momento, por cuanto que el más alto intérprete de nuestra Constitución no ha podido evitar que más de treinta años después de la entrada en vigor de nuestra norma fundamental se continúe debatiendo acerca de muchos de los problemas planteados por la aplicación del artículo 25.1 y del citado principio de legalidad formal al ámbito de las sanciones administrativas, quedando aún sin resolver o insuficientemente definidas muchas de las dudas suscitadas inicialmente al hilo del precepto constitucional enunciado[87].

Y ello a pesar de que el legislador ha procedido, si bien es cierto que con un retraso considerable, a dotar de mayor concreción a esta garantía formal a través de dos preceptos legales fundamentales. De un lado, el artículo 129.1 de la LRJAP y PAC, conforme al que "sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley"[88]; de otro, el artículo 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el que se afirma que "los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público".

[86] Para J. ESTEVE PARDO, "Sanciones administrativas y potestad reglamentaria. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1986", *REDA*, núm. 49, enero-marzo 1986, p. 102, no cabe duda que la incomodidad de los Tribunales contencioso-administrativos ante el artículo 25.1 de la Constitución se debe, fundamentalmente, a una serie de "deficiencias previas", entre las que cita "la falta de precisión de los constituyentes al redactar este artículo" y la "no clarificación del mismo" por el Tribunal Constitucional. M. COBO DEL ROSAL y J. BOIX REIG, "Artículo 25.1. Garantía penal", op. cit., p. 63, sostienen, en este sentido, que se trata de una "fórmula compleja", que resulta "cuando menos insatisfactoria". También F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *RAP*, núm. 166, enero-abril 2005, p. 170, se muestra crítico con la parquedad de la redacción del precepto, que "no da cuenta de la amplitud de su contenido". Sobre las diversas enmiendas y debates sustanciados acerca del enunciado del que finalmente terminaría siendo el artículo 25.1 de la Constitución y la imprecisión derivada de la "seducción" del constituyente por el "ordenamiento jurídico", vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Materiales para una Constitución*, op. cit., pp. 113 y ss.

[87] Así lo denunciaba ya en 1986 J. ESTEVE PARDO, "Sanciones administrativas y potestad reglamentaria. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1986", op. cit., pp. 101 y ss., si bien continúa siendo una crítica plenamente vigente ante la inseguridad jurídica derivada del casuismo jurisprudencial habido en esta materia y de la pléyade de matizaciones o modulaciones que sirven al objeto de flexibilizar o excepcionar de plano la garantía formal que representa la reserva legal en materia sancionadora administrativa.

[88] Continúa el precepto afirmando que "sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local", tema sobre el que se volverá *infra*.

Se explicita en estos preceptos la garantía formal enunciada por el artículo 25.1 de la Constitución conforme a la que cabe afirmar la vigencia de la reserva de ley en el ámbito sancionador administrativo, correspondiendo, en principio, de forma exclusiva al legislador, representante de la soberanía popular, la concreción de las conductas infractoras tipificadas por el Derecho Administrativo sancionador y la definición de las correspondientes sanciones a imponer como consecuencia de su comisión[89].

En cualquier caso, conviene no olvidar a lo largo de la exposición que sigue que las garantías constitucionalizadas por el artículo 25.1 tienen la naturaleza de auténtico derecho fundamental, por lo que conviene acercarse a la reserva de ley no sólo como límite formal cierto y, en principio, infranqueable para las potestades reglamentaria y sancionadora de las Administraciones Públicas, sino también como incontestable derecho constitucional del ciudadano en su relación con la Administración Pública ante el ejercicio por parte de esta última de su potestad sancionatoria[90].

1. La reserva de materias a la ley.

La Constitución española de 1978 emplea una variedad indeterminada de fórmulas para remitirse a la ley, reservando en muchas ocasiones de forma expresa la regulación de una materia concreta a la misma[91]. Algunas de las expresiones que enuncia el texto constitucional a tal efecto son inequívocas, otras, en cambio, presentan claroscuros difíciles de discernir, impidiendo sentar de antemano una regla general clara acerca de la admisibilidad o no en todos estos supuestos de la reserva de ley[92].

---

89 Para J. A. GARCÍA AMADO, "Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites", op. cit., p. 22, el principio de legalidad está vinculado así no sólo a la seguridad jurídica sino, en particular, "con el principio de ley legítima en el Estado democrático de Derecho y, con ello, incluso, con la idea de justicia, pues en un Estado de Derecho no puede imponerse colectivamente más ley justa (o ley más justa) que la ley originada en el funcionamiento cabal del sistema democrático". En sentido similar se pronuncia F. RUBIO LLORENTE, "El principio de legalidad", *REDC*, núm. 39, septiembre-diciembre 1993, p. 11, que lo vincula a la noción constitucional misma del Estado social y democrático de Derecho.

90 Así lo subraya, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, FJ 2.

91 Sobre el origen del principio de reserva de ley en el constitucionalismo anglosajón y su replanteamiento en el siglo XIX, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, pp. 244 y ss. Asimismo, sobre el desarrollo histórico de la reserva de ley en el ordenamiento jurídico español y el derecho comparado, vid. R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 27 y ss.; y, en cuanto a su fundamento y significación funcional, L. VILLACORTA MANCEBO, *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 47 y ss.

92 En cualquier caso, tal y como recuerdan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 248, sólo puede construirse una reserva material de ley

Se hace preciso, en consecuencia, entrar a analizar en profundidad cada supuesto problemático en particular. Es el caso, por ejemplo, de la remisión que realiza el artículo 25.1 de la Constitución a la tipificación de infracciones y sanciones tanto penales como administrativas por la "legislación vigente". SANTAMARÍA PASTOR ofrece, en este sentido, dos criterios fundamentales a emplear para la realización de este análisis particularizado, de un lado, "la interpretación institucional de cada precepto, en función de su conexión con los valores y principios básicos de la Constitución y de la pauta seguida históricamente en la regulación de la materia", de otro, "la presunción de reserva", vigente siempre salvo que "una interpretación en profundidad del precepto permita concluir, total o parcialmente, lo contrario"[93].

Para el Tribunal Constitucional, una vez admitida y asentada la vigencia en una materia concreta de la reserva de ley, ésta entraña "una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado". Su significado último no es sino el de "asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos"[94].

En cualquier caso, la reserva de una materia concreta a la ley no anula la posible presencia de una regulación reglamentaria en el ámbito correspondiente, sino que tan sólo proscribe los denominados reglamentos independientes, es decir, los aprobados en ausencia total de ley[95]. Habiéndose aprobado una regulación legal de la materia correspondiente, resulta plenamente viable que ésta se remita a la

---

sobre la base de una reserva constitucional, tratándose de una mera reserva formal, o de una "congelación de rango normativo", tal y como la califican estos autores, o, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, 2004, Tomo I, p. 364, de la exigencia de ley por precepto de otra ley ordinaria para la regulación ulterior de cierto objeto.

93 J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, p. 366. E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e irretroactividad", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 70 y ss., expone, en este sentido, los argumentos esgrimidos a favor de considerar que dicha previsión constitucional recoge una auténtica reserva de ley.

94 Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, FJ 4. Esta doctrina ha sido recogida y reiterada con posterioridad por el Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 17 de marzo de 1997 (Ar. 2443), 5 de noviembre de 2001 (Ar. 3120) o 15 de febrero de 2004 (Ar. 4717). Sobre el fundamento político democrático-representativo del principio de legalidad y, en particular, de su manifestación formal, esto es, la reserva de ley, vid. L. ARROYO ZAPATERO, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", *REDC*, núm. 8, mayo-agosto 1983, pp. 12 y ss.; y, R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, op. cit., pp. 13 y ss., para quien el tema de la reserva de ley alude a una "distribución del poder entre el legislativo y ejecutivo".

95 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 248, hablan, en este sentido, de un "embridamiento sustancial" del poder reglamentario.

colaboración reglamentaria para completar su enunciado[96]. El problema, como se comprende, se sitúa entonces en la determinación del "*quantum* admisible de esta remisión"[97].

Así lo ha subrayado, en particular, el Tribunal Constitucional, para quien el principio de reserva legal "no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador"[98].

Como regla general, el Alto Tribunal exige que las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria sean tales que "restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley", sin que lleguen a suponer, en caso alguno, una "verdadera deslegalización de la materia reservada", esto es, "una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir"[99].

Se permite, por tanto, la intervención reglamentaria "para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada", siempre que sea la ley la única "fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa"[100]. La remisión legislativa habrá de ser, en consecuencia,

[96] La Ley remite así al Reglamento para completar su propia regulación, atribuyendo simultáneamente a la Administración Pública la potestad de aprobar dicha norma reglamentaria. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 274, subrayan estos dos fenómenos presentes en la remisión legal a norma reglamentaria.

[97] J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, p. 368. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 278, recogen, en este sentido, la doble exigencia de que el Reglamento ejecutivo recoja "todo lo indispensable" para garantizar la aplicación y plena efectividad de la Ley remitente y, a su vez, "sólo lo indispensable" para asegurar el cumplimiento de esos fines.

[98] Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, FJ 4.

[99] Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, FJ 4. En sentido similar, sobre la exclusión del reglamento independiente de aquellos ámbitos materiales reservados a la ley, cabe citar, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 209/1987, de 22 de diciembre; 101/1988, de 8 de junio; 178/1989, de 2 de noviembre; 78/1990, de 26 de abril; 4/1991, de 14 de enero; 79/1991, de 15 de abril; 144/1991, de 1 de julio; o, 177/1992, de 2 de noviembre.

[100] Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.

expresa, concreta y específica, delimitando de forma precisa aquella materia que se remite a la potestad reglamentaria[101], y que habitualmente queda en el plano organizativo y procedimental, o en el de la concreción y especificación de apreciaciones técnicas o circunstancias concretas variables, a fin de complementar la regulación legal del núcleo o contenido esencial de la materia correspondiente[102].

Ahora bien, la doctrina general que antecede encuentra también matizaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como bien se comprende, resulta harto difícil establecer *a priori* los límites de la colaboración reglamentaria permitida, más aún a la vista de la admisión por nuestro alto intérprete de la Constitución de un alcance diverso del principio de reserva de ley en función del fin último al que sirva. Así, afirma, entre otras, en su Sentencia 132/2001, de 8 de junio[103], la necesidad de flexibilizar la reserva de ley en ciertos ámbitos materiales y competenciales, destacando un mayor "ámbito de colaboración normativa de los municipios" en el desarrollo reglamentario de la ley, si bien diferenciando la reserva de ley sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución, por cuanto resulta "más estricta", por ejemplo, que la reserva de ley tributaria, en cuanto la primera constituye un auténtico derecho fundamental y "garantiza la posición jurídica de cada ciudadano en relación con el poder punitivo del Estado". Del mismo modo, la Sentencia 42/1987, de 7 de abril, cuya doctrina ha sido reiterada posteriormente en múltiples pronunciamientos del Tribunal Constitucional, distingue el rigor del alcance de la reserva de ley en los ámbitos sancionador penal y administrativo, subrayando su mayor flexibilización en este último[104].

2. La reserva de ley en materia sancionadora.

La aplicación de la teoría general sobre la reserva de ley al ámbito particular del Derecho Administrativo sancionador presenta peculiaridades notables. Frente a los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, más rigurosos con la

[101] A estos límites suma J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, pp. 368 y ss., los criterios de previsibilidad de la remisión reglamentaria y de ejecución administrativa, por el que el ámbito de la posible colaboración reglamentaria será más amplio cuando la materia reservada sea de las confiadas "al cumplimiento, ejecución o vigilancia administrativa", y más restringido o nulo cuando tales funciones estén confiadas, por su propia naturaleza, a los órganos del poder judicial o a los propios ciudadanos.

[102] Así lo sostienen, respecto a los límites de las remisiones normativas a Reglamento en supuestos de reserva de ley, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 275.

[103] FJ 5.

[104] FJ 2. Doctrina reiterada, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Constitucional 50 y 52/2003, de 17 de marzo.

exigencia de la vertiente formal del principio de legalidad en materia sancionadora, la década de los ochenta y, en particular, la Sentencia 42/1987, de 7 de abril, depararán una evolución en la jurisprudencia del Tribunal marcada por un giro fundamental hacia la relativización y flexibilización de la exigencia de la reserva de ley en el ámbito de las infracciones y sanciones administrativas[105].

Frente a afirmaciones como la de la Sentencia 15/1981, de 7 de mayo, que sostiene respecto a una sanción administrativa que "el principio de legalidad […] se traduce en reserva absoluta de ley"[106], la citada Sentencia 42/1987, de 7 de abril, asevera, en cambio, que "el alcance de la reserva de ley establecida en el artículo 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto"[107]. Omite, intencionadamente cualquier referencia al carácter "absoluto" de la reserva de ley para afirmar tan sólo el "alcance absoluto" de la garantía material que, en forma de principio de tipicidad, rige para las infracciones y sanciones administrativas al amparo del artículo 25.1 de la Constitución.

Y todo ello bien "por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias […], bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales […] o materiales"[108].

Este carácter relativo de la reserva legal en materia sancionadora administrativa permite y ampara, en definitiva, la colaboración reglamentaria en la regulación del régimen administrativo sancionador aplicable a un ámbito material concreto, planteando dudas acerca de los límites exigibles a cada una de las remisiones legales efectuadas al respecto y a la posible participación de la potestad reglamentaria administrativa en la concreción de la regulación sancionadora correspondiente.

[105] Se refiere a esta evolución desde la perspectiva tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., pp. 463 y ss.

[106] FJ 7.

[107] Una conclusión "perfectamente comprensible" para M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., p. 471, por cuanto el "núcleo esencial" en uno y otro campo difiere, siendo también diversas la "frecuencia e intensidad" de los "motivos técnicos" o las adaptaciones necesarias para "el cumplimiento de las finalidades propuestas" que hacen indispensable el complemento reglamentario en el ámbito administrativo.

[108] FJ 2.

Se trata, como cabe imaginar, de una cuestión difícil, de múltiples facetas, casuística por la propia expansión de las facultades de intervención de la Administración y por las peculiaridades propias, en última instancia, de cada uno de los ámbitos materiales que quedan bajo su control y fiscalización. De ahí la incomodidad al respecto de la propia jurisprudencia contencioso-administrativa, que pese a seguir, como no puede ser de otra manera, la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, ha estado marcada por interpretaciones diversas en cuanto a los matices concretos y el alcance de la posible flexibilización de la reserva de ley en el ámbito sancionador administrativo, dando lugar, en ocasiones, a pronunciamientos claramente discutibles y extemporáneos en su intento por garantizar a toda costa la subsistencia y la vigencia en el caso de autos de la potestad sancionadora en manos de la Administración en el ámbito material correspondiente.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1986 (Ar. 71), en la que se prescinde de la interpretación tradicional de la garantía formal que implica el principio de legalidad en el ámbito sancionador administrativo para establecer, en cambio, una elástica correlación entre ley y reglamento, supliendo la garantía *ex ante* que supone el principio por la ofrecida *ex post* por el control judicial a efectos de evitar a toda costa las consecuencias que derivarían de la anulación de la norma reglamentaria discutida, referida, en el caso de autos, al régimen sancionador aplicable en materia de juego.

Sostiene la Sentencia citada que "la solución a que llega la Sala de la Territorial de desposeer de base legal a los acuerdos recurridos, y anular los mismos, conduce al absurdo de dejar en el más completo caos a toda la práctica de una actividad –el juego– hasta hace poco prohibido, y no sin razones; puesto que caos sería dejar inerme a la sociedad y a la Administración, frente a abusos, irregularidades y fraudes, desde el momento en que el conjunto de normas reglamentarias se convierten en normas imperfectas, al quedar desprovistas del resorte que verdaderamente les proporciona su condición de normas jurídicas: el de la coacción que fuerza a su cumplimiento y observancia"[109].

En cualquier caso, el transcurso de los años y el afianzamiento de la interpretación por parte del Tribunal Constitucional de las dos vertientes, esto es, material y formal, del principio de legalidad ha desembocado finalmente en una doctrina jurisprudencial firme y consolidada sobre esta última, de la que constituye buena

[109] Vid., en este sentido, el comentario a la citada Sentencia de J. ESTEVE PARDO, "Sanciones administrativas y potestad reglamentaria. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1986", op. cit., pp. 99 y ss.; y, las reflexiones también al respecto de S. MUÑOZ MACHADO, "En los confines del Estado de Derecho: la ordenación de los juegos de azar", *REDA*, núm. 49, enero-marzo 1986, pp. 5 y ss.

muestra la síntesis que sobre la reserva legal vigente en materia sancionadora administrativa recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1998 (Ar. 10364):

> «Hoy sabemos, en efecto, que donde la Constitución exige reserva legal no cabe conformarse con una mera cobertura legal. Ésta constituye, pura y simplemente, la expresión de lo que la doctrina llama vinculación positiva, mera habilitación positiva que excepciona la regla de la vinculación negativa: en principio la Administración no puede obrar sin que una norma previa lo autorice. Que incluso esta regla pueda tener excepciones (poderes implícitos por ejemplo) no desvirtúa el modelo descrito que puede decirse es uno de los postulados a partir de los cuales se construye el sometimiento a la Ley (legalidad) y al Derecho (juridicidad) de la actuación administrativa.
> La reserva legal, sin embargo, implica un plus de exigencia. En determinados ámbitos, el sancionador entre ellos, no basta con que la ley habilite a la Administración para actuar, sino que es necesario que le marque el cómo de su actuación dictándole instrucciones y marcándole directrices, para el caso definiendo los tipos de infracciones y sanciones. Lo cual no quiere decir ni dice que no pueda hacerse esa tipificación utilizando la vía del reglamento, ni que siempre y en todo caso tenga que tratarse de una ley en sentido formal. Y desde luego cabe que el legislador llame a colaborar al reglamento, pero nunca mediante una remisión en blanco; la remisión tendrá que ser lo suficientemente precisa como para que sea la norma habilitante la que siga "dirigiendo" esa concreción que ha de hacer el ejecutivo.
> Todo esto que se acaba de resumir constituye el ABC del Derecho administrativo sancionador en un Estado de Derecho, y con todas las matizaciones que impone la necesidad de adaptar los dogmas a la realidad ("que no se hizo el hombre para el sábado sino el sábado para el hombre") es la doctrina que viene aplicando ya este Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional»[110].

Así concebida, la garantía formal que encierra la reserva de ley aplicable al Derecho administrativo sancionador plantea diversas incógnitas que han atraído la atención tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en un intento por aclarar los contornos y los límites del principio de legalidad aplicable a la regulación y ejercicio de la potestad sancionadora administrativa. Entre ellas, de un lado, la necesidad de aclarar las exigencias planteadas por la aplicación *stricto sensu* del principio por lo que se refiere a su vertiente formal, reserva de ley en materia sancionadora, y a las diversas clases de normas con rango de ley admitidas en nuestro

[110] En el mismo sentido, y con idéntica voluntad sintetizadora, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 (Ar. 6871).

ordenamiento jurídico; de otro, la conveniencia de definir el alcance concreto de la reserva relativa de ley en materia sancionadora, así como de determinar los titulares de la potestad reglamentaria llamada a complementar la legislación sancionadora, los límites a su ejercicio y la admisión en este ámbito de la actuación administrativa; y, por último, la exigencia de concretar con el mayor grado de precisión posible las diversas modulaciones o matizaciones admitidas por la doctrina del Tribunal Constitucional al albur del proceso de traslación del principio penal de legalidad formal al ámbito concreto del Derecho Administrativo sancionador.

a) Reserva de ley y clases de leyes en el ordenamiento jurídico español.

El artículo 25.1 de la Constitución plantea desde un primer momento, esto es, tras la promulgación de nuestra Carta Magna, un problema interpretativo de primer orden al remitir la tipificación de infracciones y sanciones a la "legislación vigente". Se trata de una expresión ambigua, resultado de las diversas propuestas de modificación a la redacción del precepto que, a través de las correspondientes enmiendas, fueron debatidas y defendidas en la Comisión Constitucional del Senado durante el período constituyente.

Frente a la primera propuesta del Congreso, referida a la imposibilidad de ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyesen delitos, faltas o infracciones administrativas "según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento", y al acuerdo inicialmente logrado en la Comisión Constitucional del Senado en torno a la propuesta de L. Martín-Retortillo de sustituir esta inicial "seducción por el ordenamiento jurídico" por la invocación clara y expresa, en cambio, a la "ley", la redacción definitiva del artículo, tras su paso por la Comisión Mixta, hará referencia, de manera más amplia e imprecisa, a la "legislación vigente", abriendo con ello la incógnita acerca de cómo interpretar el precepto y, en particular, el término "legislación" en este contexto[111].

Las primeras aproximaciones doctrinales, e incluso algunas jurisprudenciales, a la ardua labor de concreción e interpretación del precepto constitucional se inclinan, en este sentido, por considerar que la garantía formal contenida en el artículo 25.1 de la Constitución implica una remisión absoluta y estricta a la ley. No en vano, el precepto sancionaría la equiparación entre los ámbitos penal y adminis-

[111] Vid. al respecto, sobre la redacción del actual artículo 25.1 de la Constitución y la enmienda presentada en este sentido por el Profesor L. Martín-Retortillo, la ya citada *Materiales para una Constitución*, op. cit., pp. 113 y ss., y, en particular, pp. 117 y ss.

trativo, trasladando la indiscutida asunción penal de una reserva absoluta de ley para la tipificación de delitos, faltas y penas al ámbito sancionador administrativo.

Una interpretación de la que se hace eco la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 16 de junio de 1982 (Ar. 4806), al derivar del principio de legalidad "que la Administración ha de ajustarse siempre, tanto en sus actos individuales como en sus disposiciones generales, a mencionado superior principio el cual es aplicable a los fundamentales aspectos de su definición –tipicidad de conductas, legalidad de sanciones y alcance de las facultades de la Administración–, razón por la cual debe afirmarse que esos fundamentales presupuestos solamente pueden ser regulados y ordenados por una norma jurídica con rango de ley formal, para evitar, –como dice la Sentencia de 26 de septiembre de 1973–, que sus preceptos desnaturalicen con criterios que los rebasen, amplíen o fuerzan, en perjuicio del sancionado, derivándose de ello, que la Autoridad gubernativa tiene necesariamente que ajustarse, tanto en sus actos individuales como en sus disposiciones generales, a respetar esos límites legales sin extenderlos a supuestos no previstos en la ley"[112].

Ahora bien, si en el ámbito penal la interpretación estricta de la reserva de ley resulta meridianamente clara[113], en el Derecho administrativo sancionador, en cambio, los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional revelan cierta inseguridad y confusión, al afirmar sin lugar a dudas su equiparación con el ámbito penal a la vez que se muestra simultáneamente consciente de la gran dificultad que entrañaría una solución general basada, sin más, en la remisión rigurosa y absoluta a la ley *stricto sensu*.

Así, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1981, de 7 de mayo, en la que el Tribunal no entra a analizar ni a contestar las afirmaciones del Abogado del Estado que predicaban un alcance diverso de la reserva de ley en el ámbito penal y administrativo al amparo del término "legislación" empleado por el artículo 25.1 de la Constitución, sino que se limita tan sólo a afirmar, de forma incidental, que "porque el principio de «reserva de ley» no era un principio constitucional, en el momento de dictarse las resoluciones administrativas, no procede el amparo solicitado; aun cuando tales resoluciones fueran ya entonces contrarias

[112] Considerando tercero de la Sentencia apelada, aceptado y confirmado por el Tribunal Supremo.

[113] Sirva a modo de botón de muestra la afirmación tajante de la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3, por la que el artículo 25.1 de la Constitución "prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas". Vid. al respecto L. ARROYO ZAPATERO, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", op. cit., pp. 21 y ss., y la doctrina allí citada.

a la ley, según sostuvo la Audiencia Nacional; aspecto sobre el que no procede que nos pronunciemos"[114].

De esta forma, y pese a sostener la vigencia y aplicabilidad del principio penal de legalidad al ámbito del Derecho Administrativo sancionador, la doctrina constitucional de estos primeros años se limita, en última instancia, a declaraciones genéricas de escaso alcance, sin resonancia práctica alguna, contribuyendo con ello a acrecentar las dudas doctrinales y jurisprudenciales existentes respecto a la posición concreta del Tribunal Constitucional sobre la posible traslación al ámbito sancionador administrativo sin restricciones y, por ende, con todo su alcance y potencial, de este principio propiamente penal.

Cabe citar, en este sentido, la Sentencia 37/1982, de 16 de junio, en la que se afirma, de forma un tanto programática, que la resolución administrativa de que trae causa la sanción urbanística impugnada "está acogida en el principio de legalidad sobre infracciones administrativas que establece el citado artículo 25.1, por existir aquella Ley del Suelo que obliga a los poderes públicos a impedir que la realidad jurídico-administrativa sea alterada ilegalmente, y a restablecerla y sancionarla cuando esta alteración se haya producido"[115]; o la Sentencia 73/1982, de 2 de diciembre, en la que se afirma taxativamente que el artículo 25.1 de la Constitución consagra el principio de legalidad de las infracciones administrativas, mencionando el precepto de forma literal "los delitos, las infracciones y las faltas administrativas, por lo cual no es directamente aplicable a los simples ilícitos de naturaleza civil, en los que la tipicidad y la legalidad no tienen que actuar de manera tan estricta"[116].

Se muestra mucho más contundente al respecto el Consejo de Estado, que en su Dictamen de 1 de julio de 1982, a propósito del Real Decreto 2052/1981, de 4 de septiembre, sobre infracciones y sanciones en el transporte terrestre, sostiene que "después de entrar en vigor la Constitución […] debe ser una ley la que introduzca los elementos definitorios de unas y otras [infracciones y sanciones administrativas], ya que aquí opera el principio de legalidad en su superior nivel". Su doctrina no fue, sin embargo, inmediatamente asumida por la jurisprudencia, quedando abiertas muchas de las incógnitas y dudas planteadas hasta entonces.

[114] FJ 8.

[115] FJ 3.

[116] FJ 3.

Habrá que esperar, no obstante, hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, para que el alto intérprete de la Constitución aborde el problema de forma directa, si bien un tanto imprecisa. La trascendencia de este pronunciamiento es incuestionable, por cuanto identifica indubitadamente "la legalidad" como uno de los "límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución", declarando, no obstante, frente a la rotundidad de esta afirmación inicial, que como tal presupone y determina "la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan"[117]. Parece desprenderse, en definitiva, que la cobertura a que se refiere el Tribunal Constitucional en este pasaje no presupone la tipificación de infracciones y sanciones administrativas exclusivamente en normas con rango de ley ni la exclusión, en consecuencia, de cualquier posible colaboración de la potestad reglamentaria de la Administración en su definición y delimitación, sino tan sólo la necesidad del reconocimiento legal previo de la potestad y de la capacidad sancionadora administrativa en la materia correspondiente[118].

Una reserva o mayor flexibilidad que incorpora, asimismo, el Tribunal Supremo a su jurisprudencia, al afirmar en su Sentencia de 9 de julio de 1985 (Ar. 3886) que "la tradicional potestad sancionadora de la Administración, por vía reglamentaria, está expresamente reconocida en el artículo 25 de la vigente Constitución y así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia 77/1983, de 23 de octubre"[119]. Y así, aun reconociendo que en la materia del caso de autos, esto es, los juegos de suerte, envite y azar, "el proceso de producción de las normas que los regulan se ha desarrollado en los últimos años de forma un tanto anómala y confusa, el detenido análisis de las mismas conduce a la conclusión de que no pueden ser tachadas de ilegales, a los efectos de la exigible tipicidad, por disponer de cobertura legal suficiente y del rango normativo adecuado, que le prestan el Real Decreto Ley de 25 de febrero de 1977, y el Decreto Legislativo de 11 de marzo siguiente, de cuyos preceptos es un puro desarrollo reglamentario la Orden Ministerial discutida"[120].

---

[117] FJ 3. Se refieren, asimismo, a la necesaria "cobertura legal" de las infracciones y sanciones administrativas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1985 (Ar. 471), y del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, que anulan sendas disposiciones reglamentarias por carecer en absoluto de ella.

[118] Para F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 103, "parece como si el Tribunal hubiese querido soslayar el tema problemático, que no es otro que la interpretación del término «legislación» del artículo 25 de la Constitución".

[119] Considerando cuarto.

[120] Considerando séptimo.

En cualquier caso, ante la amplitud y vaguedad de la expresión constitucional empleada por el artículo 25.1 y la conveniencia pragmática reconocida jurisprudencialmente de distinguir entre las peculiaridades propias de los ámbitos sancionadores penal y administrativo, poco a poco se va abriendo una doble interpretación de la garantía formal de la reserva de ley[121]. Una, más estricta, para el ámbito penal, reservando a la ley orgánica la tipificación de las infracciones y sanciones penales, y otra, más laxa, para el ámbito administrativo, que reserva a la ley ordinaria la concreción de aquellos elementos que quepa considerar esenciales o básicos para la determinación de las conductas infractoras y de las consecuencias sancionadoras correspondientes vigentes en el Derecho Administrativo sancionador[122].

Y así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, concluye que "si bien el alcance de la reserva de ley establecida en el artículo 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias […], bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales […] o materiales, en todo caso aquel precepto constitucional determina «la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal» […], habida cuenta del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan"[123].

---

[121] F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 108, se muestra partidario desde un principio de esta doble interpretación del término constitucional "legislación" sobre las bases de las "diferencias cuantitativas" entre los ilícitos penal y administrativo.

[122] Así se desprende, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1984, de 23 de febrero, FJ 3, en el que se abre la puerta, incluso, a la ley ordinaria en el ámbito penal por cuanto que la "reserva de ley en materia penal implique reserva de ley orgánica, es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del artículo 81.1 con el mencionado artículo 25.1", en la medida en que "el desarrollo al que se refiere el artículo 81.1 y que requiere ley orgánica, tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los «derechos fundamentales»". En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1985 (Ar. 471). Sobre la distinción entre la reserva de ley orgánica y la reserva legal ordinaria, así como la interpretación restrictiva que debe aplicarse a la primera, vid., en particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21. Asimismo, sobre el carácter excepcional de la reserva de ley orgánica, vid. las Sentencias 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3, y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 11. Se superan así algunas reticencias y opiniones doctrinales iniciales sobre la conveniencia, incluso, de que la cobertura legal de la potestad sancionadora administrativa adoptara la forma de ley orgánica. Así lo reclamaba, en particular, G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en bancos, cajas de ahorro y otras entidades", *RAP*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, p. 2.601.

[123] FJ 2. Siguen su estela, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 y 7 de julio (Ar. 5208 y 5259) y de 11 de noviembre de 1987 (Ar. 8123).

Comienza a abrirse paso así la afirmación y convicción de que el principio de legalidad y, en particular, su vertiente formal, esto es, la reserva de ley en materia sancionadora, es menos estricta en el ámbito administrativo que en el penal, concretándose para el primero de ellos en una doble exigencia a la Administración, en cuanto se entiende que sanciona la imposibilidad de que existan, de un lado, infracciones y sanciones administrativas sin ley ordinaria previa que las determine y concrete, aunque también la necesidad, de otro, de que la atribución de la potestad sancionadora al ente público sancionador correspondiente se realice a través de ley formal para que éste pueda acudir legítimamente a su ejercicio[124].

Se volverá *infra* sobre las consecuencias que implica la garantía tanto formal como material que comprende el principio de legalidad desde la perspectiva concreta del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa por parte de entes de naturaleza institucional y corporativa, si bien conviene subrayar aquí, por lo que se refiere a la primera de las exigencias citadas, que la remisión a la ley se ha interpretado, asimismo, en términos muy amplios por lo que se refiere, en particular, a las fuentes del derecho concretamente admisibles para la tipificación de infracciones y sanciones, dando cobertura y legitimidad no sólo a los ilícitos administrativos contemplados en las leyes ordinarias estatales y/o autonómicas, en función del reparto competencial articulado constitucional y estatutariamente en cada ámbito o sector material de intervención administrativa, sino también, en fin, a las infracciones y sanciones establecidas por normas del ejecutivo con rango de ley, esto es, por decretos legislativos e incluso decretos-leyes estatales o autonómicos.

En efecto, a la interpretación que entiende "suficiente" para cumplir con el principio de legalidad en Derecho Administrativo sancionador "una ley ordinaria", frente a la reserva de ley orgánica vigente, en cambio, para la regulación del *ius puniendi* y la imposición de penas privativas de libertad[125], se une pronto aquélla que propugna la satisfacción de la garantía formal que supone la vigencia del principio de legalidad en el ámbito sancionador administrativo mediante la predeterminación de los elementos básicos para la tipificación de infracciones y sanciones por cualquier norma de rango legal, independientemente de su origen.

[124] Vid. J. GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., p. 79.

[125] Vid., entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1987 (Ar. 203), fundamento de derecho tercero.

Así lo admite la jurisprudencia de forma expresa respecto de infracciones y sanciones tipificadas al amparo de decretos-leyes preconstitucionales[126]. Así lo sanciona también explícitamente el Tribunal Constitucional respecto de decretos-leyes postconstitucionales en su polémica Sentencia 3/1988, de 21 de enero, al afirmar, de forma harto discutible, que "la utilización del decreto-ley para la previsión de tipos ilícitos y las correspondientes sanciones no supondría una contradicción con lo dispuesto en el artículo 25.1, al configurarse el decreto-ley, según el artículo 86.1 de la Constitución, como «disposición legislativa» que se inserta en el ordenamiento jurídico (provisionalmente hasta su convalidación, y definitivamente tras ésta) como una norma dotada de fuerza y valor de ley"[127].

Sobre la posibilidad de que el decreto-ley pudiera representar, en este sentido, una afectación del derecho fundamental comprendido en el artículo 25.1 de la Constitución contraria a lo dispuesto, en última instancia, por el artículo 86.1 de la Carta Magna, sostiene nuestro Alto Tribunal que "no cabe una interpretación de esa restricción que suponga el vaciamiento de la figura del decreto-ley y su inutilidad absoluta", por lo que conmina a interpretar el verbo «afectar» en sus justos términos sin equiparar toda incidencia en un derecho fundamental a una afección *stricto sensu* del mismo. La prohibición del artículo 86.1 de la Constitución ha de entenderse, por tanto, "como impeditiva, no de cualquier incidencia en los derechos recogidos en el Título I, sino de una regulación por decreto-ley del régimen general de los derechos, deberes y libertados contenidos en ese Título, así como de que por decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos, habida cuenta de la configuración constitucional del derecho de que se trate, e incluso de su posición en las diversas secciones en el texto constitucional"[128].

El alto intérprete de la Constitución profundiza con ello en la doctrina alumbrada en su Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, por la que "la cláusula restrictiva del artículo 86.1 de la Constitución debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el decreto-ley […] ni permita que por decreto-ley se regule el régimen

[126] En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1985 (Ar. 3886).

[127] FJ 6, al amparo de la doctrina sentada por la Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, FJ 2, si bien J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., p. 174, llama la atención sobre el hecho de que concurre en el caso normativa preconstitucional con valor de ley formal a la que se remite en último término el Decreto-Ley impugnado, por lo que "la cuestión no puede darse por zanjada del todo" en la Sentencia 3/1988. Más explícita aún es la Sentencia 6/1994, de 17 de enero, FJ 3, que pese a versar también sobre un decreto-ley preconstitucional, afirma decididamente que "la reserva de ley que establece el artículo 25.1 de la Constitución no impide la emisión de decretos-leyes en materia sancionadora". En este sentido, sobre el concepto y el régimen constitucional del decreto-ley, vid. J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, "El decreto-ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional", en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 819 y ss.

[128] FJ 7.

general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni de pie para que por decreto-ley, se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos"[129].

En consecuencia, y por lo que a la regulación por decreto-ley de infracciones y sanciones administrativas se refiere, sostiene la Sentencia 3/1988, de 21 de enero, que no cabe rechazarla siempre que la disposición cuestionada no constituya una regulación general del régimen del derecho subjetivo a la legalidad contemplado en el artículo 25.1 de la Constitución, "en el improbable supuesto de que esa regulación general fuese posible respecto a un derecho que agota su eficacia, sin necesidad de mayor desarrollo, en el respeto por el órgano impositor de la sanción de los principios de legalidad y tipicidad", y se limite "a establecer supuestos concretos de infracciones administrativas y las correspondientes sanciones"; sin que quepa tampoco considerar que una regulación de esta naturaleza "comporte en forma alguna una contravención o menoscabo del contenido o elementos esenciales del derecho, puesto que la garantía querida por el artículo 25.1 de la Constitución, y consistente en que exista una cobertura de la actividad sancionadora de la Administración mediante norma de rango legal no se ve contradicha o disminuida, al ostentar rango legislativo" el decreto-ley[130].

No cabe sino subrayar la paradoja que supone, en este sentido, que el Tribunal Constitucional haya declarado, en ocasiones, incluso, de forma un tanto grandilocuente, la existencia de una reserva de ley en materia sancionadora, tanto penal como administrativa, al amparo de la remisión expresa del artículo 25.1 del texto constitucional a la "legislación vigente", para proceder, sin embargo, a continuación a rebajar sustancialmente las exigencias tanto subjetivas como procedimentales que acompañan de por sí a la ley en cuanto norma aprobada en sede parlamentaria aceptando para el ámbito sancionador administrativo la tipificación de infracciones y sanciones por una norma elaborada y aprobada por el Gobierno, más cercana, por tanto, en muchos de sus aspectos a la norma reglamentaria que a la de rango legal[131].

[129] FJ 8.

[130] FJ 8. J. M. SERRANO ALBERCA, "Artículo 25.1", op. cit., p. 594, se muestra contrario a esta doctrina, subrayando, a tal efecto, las "situaciones anormales de difícil reparación" a que podría conducir esta posibilidad. En idéntico sentido, R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, op. cit., pp. 133 y ss., quien profundiza, asimismo, en las dificultades de compatibilizar la reserva de ley con el decreto-ley; y, F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "El decreto-ley como título habilitante de la potestad sancionadora en materia de juegos de azar", en *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (II)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, Tomo I, pp. 689 y ss.

[131] Han llamado la atención sobre ello Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Iustel, Madrid, 2008, p. 33; y, F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "El decreto-ley como título habilitante de la potestad sancionadora en materia de juegos de azar", op. cit., pp. 689 y ss., muy crítico con esta posibilidad y favorable a su empleo tan sólo "como técnica de anticipación o de avance

No en vano, el propio Tribunal recuerda desde fechas tempranas que la posibilidad de que el Gobierno dicte normas con rango de ley, ya sean decretos legislativos o decretos-leyes, se configura en nuestro ordenamiento constitucional "como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman"[132]. Y, sin embargo, acepta expresamente la tipificación de infracciones y sanciones administrativas por medio de decretos-leyes, al tiempo que la admite implícitamente en relación con los decretos legislativos en su doble modalidad de Texto Articulado y Texto Refundido[133].

En relación con esta última posibilidad, esto es, la regulación por medio de decreto legislativo del régimen administrativo sancionador aplicable a una materia concreta y la tipificación, por ende, de infracciones y sanciones administrativas concretas, conviene subrayar las importantes diferencias existentes entre el Texto Articulado y el Texto Refundido. Mientras que el primero presupone la existencia previa de una Ley de Bases aprobada por el Parlamento, en la que expresamente se delimite el alcance de la delegación en la materia y, en su caso, los principios y criterios a que habrá de sujetarse el desarrollo gubernamental de las normas sancionadoras, el segundo supone tan sólo la reformulación por un texto único de regulaciones diversas que afectando a una misma materia se encuentran, sin embargo, hasta su aprobación dispersas, sin que suponga, por tanto, una auténtica innovación del ordenamiento jurídico vigente hasta entonces[134].

En cualquier caso, y antes de dar por cerrada esta somera reflexión sobre la garantía formal del principio de legalidad en el ámbito sancionador administrativo y su

para la tipificación, para casos concretos, de determinadas infracciones o sanciones suficientemente precisas o, en su caso, mediante la remisión a una normativa legal preexistente en la que pueda subsumirse el hecho infractor, cuando así venga justificado por extraordinarias razones de urgencia o necesidad (como puede ser una situación de vacío legal) y se condicione a su posterior tramitación como proyecto de ley".

[132] Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1982, de 31 de mayo, FJ 1.

[133] En efecto, la Sentencia 113/2002, de 9 de mayo, no considera que el establecimiento de sanciones administrativas por medio del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, represente una infracción del principio de legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución en ninguna de sus dos vertientes, esto es, formal y material. Del mismo modo, la Sentencia 132/2001, de 8 de junio, había admitido ya con anterioridad, si bien de forma implícita, la constitucionalidad de la posible tipificación de infracciones y sanciones por medio del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

[134] Han subrayado la trascendencia de esta distinción P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., p. 111, recordando, además, que resulta "imprescindible" que en el primer supuesto "la Ley de Bases autorice al Gobierno a establecer infracciones y sanciones", debiendo "señalar al menos los principios a que han de ajustarse las infracciones y las clases y límites de las sanciones".

cumplimiento por las diversas clases de leyes existentes en el ordenamiento jurídico español, se hace preciso subrayar en este punto que la estructura territorialmente compuesta del Estado español y el reparto competencial resultante de su articulación plantean la posibilidad de que tal garantía se vea satisfecha mediante la aprobación de una norma con rango de ley de origen autonómico.

Si bien la potestad administrativa sancionadora no constituye, como se verá *infra*, un título competencial autónomo, por lo que no cabe su atribución en exclusiva a Estado o Comunidades Autónomas, representa una suerte de título competencial de naturaleza accesoria que acompaña a la competencia sobre la materia sustantiva de que se trate en cada caso, de forma que si esta última corresponde a la Comunidad Autónoma, no cabe duda que le atañe también adoptar normas administrativas sancionadoras al respecto.

Una posibilidad sujeta, sin embargo, a un triple límite. De un lado, el respeto a las garantías constitucionales comprendidas en el artículo 25.1 de nuestra Carta Magna; de otro, la observancia de las normas procedimentales derivadas de la competencia estatal exclusiva *ex* artículo 149.1.18º de la Constitución; y, por último, la no contravención de la garantía instaurada por el artículo 149.1.1º del texto constitucional a fin de asegurar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos constitucionales en condiciones básicas de igualdad[135].

Dentro de estos límites, las exigencias constitucionales del principio de legalidad en su vertiente formal se ven satisfechas con la aprobación tanto de leyes autonómicas por el Parlamento territorial correspondiente en las materias objeto de su competencia, como, en particular, de los decretos-leyes o decretos legislativos que los Gobiernos autonómicos pudieran dictar a consecuencia, fundamentalmente, de las últimas reformas estatutarias habidas desde 2006 y siempre que se circunscriban a materias y asuntos confiados a su competencia[136].

[135] Se volverá *infra* sobre la atribución de competencias en materia sancionadora administrativa a las Comunidades Autónomas y la doctrina constitucional al efecto, contenida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 87/1985, de 16 de julio; 48/1988, de 22 de marzo; 227/1988, de 29 de noviembre; 136/1991, de 20 de junio; 108/1993, de 25 de marzo; 156/1995, de 26 de octubre; 196/1996, de 28 de noviembre; 15/1998, de 22 de enero; o, 37/2002, de 14 de febrero.

[136] Tras las últimas reformas estatutarias contemplan, en particular, la posibilidad de aprobar decretos legislativos y decretos-leyes autonómicos los Estatutos de Autonomía de Andalucía (artículos 109 y 110), Aragón (artículos 43 y 44), Castilla y León (artículo 25, apartados 3 y 4), Cataluña (artículos 63 y 64), Comunidad Valenciana (artículo 44, apartados 3 y 4), Extremadura (artículo 19) e Illes Balears (artículos 48.1 y 49).

b) Reserva relativa de ley.

La flexibilización operada por el Tribunal Constitucional de la reserva de ley vigente en materia administrativa sancionadora al albur del artículo 25.1 de la Constitución se manifiesta, en cualquier caso, de forma simultánea en dos frentes. De un lado, reservando a norma con rango legal la tipificación de infracciones y sanciones administrativas, al descartar no sólo una hipotética reserva de ley orgánica, sino incluso una reserva a la ley ordinaria en sentido estricto; de otro, admitiendo la regulación reglamentaria en esta materia, al permitir el desarrollo, la concreción y la especificación por medio de Reglamento del régimen sancionador recogido con carácter general en fuentes normativas de rango superior.

Se ha hecho referencia *supra* al protagonismo fundamental que corresponde, en este último sentido, a la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, resolución capital por cuanto se aparta de la interpretación constitucional inicial que calificaba de absoluta la reserva formal de ley vigente en el ámbito sancionador administrativo. El intento de compatibilizar la rigidez de aquella primera interpretación con el pragmatismo inherente a la admisión de la colaboración reglamentaria, tan habitual y extendida, por otra parte, en relación con la concreción del régimen sancionador aplicable en los diversos ámbitos en que se produce la intervención administrativa, llevará, en última instancia, a pronunciamientos constitucionales contradictorios en los que el Alto Tribunal tilda simultáneamente de absoluta y relativa a la reserva de ley vigente en esta materia[137].

Se acepta, en definitiva, la intervención y colaboración de la potestad reglamentaria como complemento indispensable de la reserva de ley en el ámbito administrativo sancionador, si bien subordinada, como es lógico, a esta última y dentro de ciertos límites que el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de definir y subrayar, pese a la imprecisión y dificultad de concretar *a priori* con cierta objetividad los supuestos, las condiciones y el *quantum* en que resulta no sólo razonable sino constitucionalmente aceptable la colaboración reglamentaria a efectos de coadyuvar a la ley, *lato sensu*, a establecer el régimen administrativo sancionador aplicable a un sector concreto.

[137] Ha llamado la atención sobre ello F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 174. Vid., en cualquier caso, la contradicción apreciable, en este sentido, en los pronunciamientos de las Sentencias del Tribunal Constitucional 83/1990, de 4 de mayo, FJ 2; 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2; 50/2003, de 17 de marzo, FJ 4; ó, 16/2004, de 23 de febrero, FFJJ 5 y 6.

a') Titularidad y límites a la potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria, esto es, la capacidad normativa reconocida a la Administración Pública, ha sido considerada por García de Enterría y Fernández Rodríguez como "quizá, su potestad más intensa y grave"[138]. Como tal, ha experimentado cambios significativos que han contribuido, especialmente en la segunda mitad del siglo XX, a desdibujar sus contornos primigenios y a romper el encorsetamiento originario que atenazaba su empleo, sustanciándose un proceso expansivo en varios frentes que ha redundado en su proliferación no sólo en términos estrictamente cuantitativos, aumentando exponencialmente el número de normas reglamentarias aprobadas en nuestro ordenamiento jurídico, sino también desde una perspectiva propiamente subjetiva, es decir, en cuanto a las Administraciones Públicas y órganos concretos titulares de esta potestad normativa[139].

Contribuye decididamente a la citada expansión la revisión de los fundamentos jurídico-políticos sobre los que se asienta su reconocimiento mismo, por cuanto la plasmación constitucional de la potestad ha alejado el Reglamento de aquellas concepciones inicialmente fundadas en la conveniencia y auténtica necesidad de limitar y constreñir al máximo su empleo, en cuanto hecho anómalo rodeado de numerosísimas cautelas, para abrir la puerta, en cambio, a su consideración actual como "una actividad pública ordinaria", propia de un Estado democrático "en el que todos los poderes emanan del pueblo"[140].

Y sin embargo, la atención prestada a la potestad reglamentaria por la Constitución española de 1978 se revela claramente insuficiente, suscitando en su momento, al poco de aprobarse nuestra Carta Magna, numerosas críticas doctrinales en cuanto quedaba mucho por definir y concretar en la materia, obligando con ello a una

[138] E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 184.

[139] Para T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RVAP*, núm. 34, vol. II, septiembre-diciembre 1992, pp. 41 y ss., las razones empleadas para justificar habitualmente el mayor protagonismo asumido en la práctica por la potestad reglamentaria, esto es, la complejidad técnica de ciertas regulaciones, la falta de preparación técnica de los Parlamentos, la rapidez de respuesta que exige la solución de los problemas planteados por la realidad, etc., suenan, en cualquier caso, "a pura retórica" y remiten, en realidad, a un "puro problema de poder".

[140] J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, pp. 328 y ss. Se refieren también al "uso extensísimo y generalizado" de la potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico, así como a los títulos que legitiman esta potestad, en definitiva, a su justificación formal, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, pp. 185 y ss.

interpretación posterior minuciosa y casuística de todas estas cuestiones por el Tribunal Constitucional, la jurisprudencia y la doctrina[141].

Tan sólo se dedican a esta cuestión los artículos 97 y 106.1 de la Constitución[142]. El primero de los preceptos citados confía al Gobierno el ejercicio de "la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes", potestad que queda sometida, en todo caso, conforme al segundo de estos artículos, al control de los Tribunales[143].

Pese a que la Constitución hace referencia tan sólo a la potestad reglamentaria del Gobierno, lo cierto es, sin embargo, que su titularidad se extiende a una pluralidad de órganos pertenecientes a Administraciones Públicas diversas[144]. En unos casos, a resultas de la atribución por el sistema normativo a alguno de estos órganos de la titularidad ordinaria o de Derecho común de esta potestad, por cuanto la Constitución reconoce no sólo la potestad reglamentaria en el nivel estatal del Gobierno de la Nación, sino también la autonomía de Comunidades Autónomas, provincias y municipios para la gestión de sus intereses, posibilidad en la que debe entenderse subsumido su ejercicio[145]; en otros, en cambio, a raíz de su arti-

[141] J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", *RAP*, núm. 87, septiembre-diciembre 1978, pp. 161 y ss., se remiten a la "profunda labor de interpretación" que habría de resultar necesaria a efectos de determinar el "sentido y alcance" de esta potestad normativa. Se refiere también a la "deficiente regulación constitucional de la potestad reglamentaria de la Constitución", G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en bancos, cajas de ahorro y otras entidades", op. cit., p. 2.546, haciéndose eco de las diversas opiniones doctrinales vertidas en el mismo sentido. M. REBOLLO PUIG, "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", op. cit., pp. 11 y ss., analiza, en fin, las diversas interpretaciones doctrinales surgidas en torno a la extensión de la potestad reglamentaria que reconoce el artículo 97 de la Constitución, destacando, p. 59, cómo el precepto citado consagra esta potestad sin clarificar, no obstante, sus límites.

[142] E. ESPÍN TEMPLADO, "Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución española", *RCG*, núm. 6, septiembre-diciembre 1985, p. 181, subraya cómo se atribuye al Gobierno en su enunciado la potestad reglamentaria sin ocuparse, no obstante, de definirla.

[143] No cabe duda que pese al silencio constitucional al respecto otros preceptos de nuestra Carta Magna influyen también de forma decidida sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria. Así, en particular, el artículo 103.1 de la Constitución. En cualquier caso, este silencio no es óbice para que puedan apreciarse importantes innovaciones en el texto constitucional relativas al Reglamento y a sus modalidades, fundamentalmente desde la perspectiva de la configuración pluralista del ordenamiento constitucional, sobre las que han llamado la atención, entre otros, M. BASSOLS COMA, "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", *RAP*, núm. 88, enero-abril 1979, pp. 107 y ss.; y, A. GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH, "Artículo 97. Funciones del Gobierno", en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1985, Tomo VIII, pp. 63 y ss.

[144] No en vano la actividad normativa de la Administración "es hoy día, en efecto, imprescindible", en expresión de E. ESPÍN TEMPLADO, "Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución española", op. cit., p. 183.

[145] El artículo 97 de la Constitución encuentra confirmación en el artículo 23.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que afirma que "el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de acuerdo con la Constitución y las leyes". La potestad reglamentaria autonómica encuentra respaldo, por su parte, en los artículos 137, que atribuye autonomía a las Comunidades para la gestión de

culación como competencia de atribución, al confiar el legislador la posibilidad de dictar normas reglamentarias a autoridades distintas del Gobierno, a órganos constitucionales diversos, o a Administraciones Públicas no territoriales, en particular, a distintos entes institucionales, especialmente de los catalogados como Administraciones independientes, o de naturaleza corporativa[146].

Conviene diferenciar, en cualquier caso, entre las vertientes *ad intra* y *ad extra* de la potestad reglamentaria en manos de las diversas Administraciones Públicas. La primera gira en torno a materias administrativas que pertenecen al ámbito interno o doméstico de la Administración. Su ejercicio sin habilitación legal previa por una pléyade de titulares no plantea demasiadas dificultades por cuanto se circunscribe a la regulación de aspectos administrativos propiamente organizativos. La segunda, en cambio, ofrece mayores problemas, en cuanto es susceptible de afectar a los derechos y deberes de los ciudadanos. Es precisamente por ello que su ejercicio exige en estos casos, como se verá *infra*, habilitación legal previa, a efectos de garantizar que el Reglamento actúe como mero complemento de la ley, sin establecer, por tanto, una regulación autónoma o independiente, *praeter legem*, en definitiva, de la materia correspondiente[147].

sus intereses, y 153 c) de la Constitución, que alude expresamente al control contencioso-administrativo de las normas reglamentarias autonómicas. La atribución concreta de esta potestad se recoge, en este sentido, en los Estatutos de Autonomía y Leyes de Gobierno y Administración correspondientes. Del mismo modo, el citado artículo 137, junto con los artículos 140 y 141.2 del texto constitucional, que confían a Ayuntamiento y Diputación provincial el gobierno y administración de las respectivas colectividades, amparan la potestad normativa de los entes locales, regulada con mayor detalle por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Se muestra, en cualquier caso, contrario a considerar que la autonomía autonómica y local constitucionalmente garantizadas presupongan la titularidad por estas Administraciones Públicas de la potestad reglamentaria, M. REBOLLO PUIG, "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", op. cit., p. 122.

146 T. FONT I LLOVET, "La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoadministración corporativa", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003, p. 254, subraya la "fragmentación" sufrida, en este sentido, por la categoría del Reglamento en el sistema de fuentes, "especialmente cuando en su relación con la Ley interfiere un status de autonomía". Se refiere a la titularidad de la potestad reglamentaria como "competencia de derecho común" o "competencia de atribución", J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, pp. 349 y ss. En idéntico sentido, sobre la posibilidad de que la Ley contenga una autorización general para el ejercicio de la potestad reglamentaria, J. Mª. BOQUERA OLIVER, "Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los Reglamentos", *REDA*, núms. 40-41, enero-marzo 1984, p. 14; P. BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, "La titularidad de la potestad reglamentaria", *PJ*, núm. 1, pp. 101 y ss.; y, M. REBOLLO PUIG, "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", op. cit., p. 123.

147 Sobre la distinción entre potestad reglamentaria *ad intra* y *ad extra*, vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, pp. 208 y ss., así como la doctrina allí citada. Resultan, asimismo, de gran interés las reflexiones a la luz del ordenamiento preconstitucional sobre las limitaciones de la potestad reglamentaria *ad extra* de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario", *REDA*, núm. 5, abril-junio 1975, pp. 203 y ss.; y, de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "La remisión normativa y el control de Reglamentos en dos Sentencias recientes", *RAP*, núm. 63, septiembre-diciembre 1970, pp. 183 y ss.; así como las de J. SALAS HERNÁNDEZ, "De nuevo sobre los Reglamentos autónomos en Derecho español", *RAP*, núm. 84, septiembre-diciembre 1977, pp. 645 y ss., referidas también al momento preconstitucional y a la regulación de la potestad reglamentaria en el entonces proyecto de Constitución. Sobre el ejercicio, en fin, de la potestad reglamentaria a través de circulares, instrucciones y órdenes de servicio, vid. M. BAENA

Y así, no hay motivos para afirmar que la atribución al Gobierno de la potestad reglamentaria *ad extra* realizada por el artículo 97 de la Constitución sea de carácter exclusivo y excluyente, por lo que no cabe sino concluir que la ley está habilitada para efectuar atribuciones singulares de la misma a favor de autoridades distintas siempre que sean, no obstante, de carácter singular y para materias concretas. Así lo sostiene el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre, al afirmar que "la atribución genérica de la potestad reglamentaria convierte al Gobierno en titular originario de la misma, pero no prohíbe que una ley pueda otorgar a los Ministros el ejercicio de esta potestad con carácter derivado o les habilite para dictar disposiciones reglamentarias concretas, acotando y ordenando su ejercicio". Admite, en definitiva, la posibilidad de "un poder reglamentario derivado, resultado de una habilitación legal específica, para regular una materia concreta y determinada"[148].

Cabe, por tanto, que la norma reglamentaria derive de autores diversos, si bien se someterá siempre a los límites inherentes a su inferior rango jerárquico, como destaca el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 35/1982, de 14 de junio, al recordar que "la distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución) y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero lo habilita"[149].

Resulta meridianamente claro, en cualquier caso, a tenor del texto constitucional en su conjunto, que el constituyente ha optado por preservar al máximo esta posición predominante de la ley, reservando a la misma no sólo el rango normativo superior, con lo que garantiza su primacía formal respecto a la norma reglamentaria, sino también, en particular, la regulación material de los aspectos y cuestiones de mayor relevancia en relación con las materias contempladas en el texto constitucional[150]. Para SANTAMARÍA PASTOR no cabe duda que ello responde a una "nítida

DEL ALCÁZAR, "Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho Administrativo", *RAP*, núm. 48, septiembre-diciembre 1965, pp. 107 y ss.; G. FERNÁNDEZ-FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993, pp. 685 y ss.; y, M. MORENO REBATO, "Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico", *RAP*, núm. 147, septiembre-diciembre 1998, pp. 159 y ss.

148 FJ 6.

149 FJ 2. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, p. 351, se hace eco, en cualquier caso, de la "perplejidad y desasosiego" causados en la doctrina por "esta proliferación de autoridades dotadas de potestad reglamentaria".

150 Con ello la Constitución y, en especial, su interpretación por el Tribunal Constitucional instauran, en opinión de J. Mª. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, p. 87, "por vez primera entre nosotros una vigencia efectiva de la reserva", referida a "la necesidad de que sea la ley y no el reglamento la que regule determinados aspectos dentro del ámbito de la reserva".

directriz constitucional" dirigida a "la legificación de un sistema profundamente reglamentarizado"[151].

De esta forma, a resultas de las múltiples reservas y remisiones a la ley que realiza el texto constitucional, se sanciona una diferencia de "grado", de "calidad", en definitiva, entre el Reglamento, que ocupa un lugar inferior en la pirámide normativa, y la ley, ya que, a diferencia de esta última, la norma reglamentaria no expresa una hipotética "voluntad general", sino que se limita a ser "una simple regla técnica"[152]. Como tal, está dirigida a completar y detallar la regulación de los diversos sectores a que dirige su atención el legislador, erigiéndose la colaboración Ley-Reglamento en un binomio imprescindible a estos efectos[153].

Así lo ha destacado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de diciembre de 1984 (Ar. 6729), al afirmar, respecto a la cláusula del artículo 97 de la Constitución conforme a la que la potestad reglamentaria se ejerce "de acuerdo con la Constitución y las leyes" y en relación con las reservas de ley establecidas por la

[151] J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, p. 342.

[152] E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 183, quienes hablan, en este sentido, p. 242, de la "superioridad vertical, piramidal" de la Ley sobre el Reglamento. En idéntico sentido, M. BASSOLS COMA, "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", op. cit., pp. 116 y ss., quien se refiere al principio de primacía absoluta de la ley. También J. GONZÁLEZ SALINAS, "Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre Ley, Reglamento y acto administrativo", *RAP*, núm. 121, enero-abril 1990, p. 159, se refiere al Reglamento como "una realidad jurídica cualitativamente distinta de la Ley".

[153] Para A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, op. cit., pp. 250 y ss., la remisión al reglamento de la complitud de la norma exige, en cualquier caso, que se "justifique razonablemente su mejor adecuación y [que] no se deje abierta incondicionadamente al Reglamento la regulación sustantiva" de la materia de que se trate. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha vacilado, en cualquier caso, a la hora de exigir la motivación de la norma reglamentaria a modo de justificación del ejercicio de esta potestad (vid., en este sentido, la reticencia de las Sentencias de 26 de enero de 1988 (Ar. 361), y de 19 de abril de 1993 (Ar. 2845), reacias a reconocer la necesidad de motivar la norma reglamentaria, frente a la contundencia de la Sentencia de 27 de junio de 1989 (Ar. 4717), en la que se afirma que, si bien la motivación "no puede ser la misma que rige para los actos administrativos de aplicación", "es bastante con que cuenta con un expresivo Preámbulo y el articulado dispositivo en el que se regula la materia de que se trate"). Más exigente se ha mostrado, sin embargo, el Consejo de Estado en su Dictamen 4078/1996, de 5 de diciembre, al afirmar, respecto al Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, que "la correcta interpretación del texto del Real Decreto se facilita extraordinariamente a la vista de la Memoria Justificativa, en la que con cierto detalle se pone de manifiesto el fundamento objetivo que justifica el contenido de las disposiciones. En cambio, esa misma función no se satisface suficientemente en el texto del Preámbulo, que debería ser completado. En otras ocasiones (así, por ejemplo, Dictamen del Pleno de 2 de marzo de 1995, expediente números 1995/1994 y 1259/1994), este Consejo de Estado ha puesto de manifiesto cómo el Preámbulo de los Reglamentos puede cumplir una importante función en la motivación del ejercicio de una potestad discrecional como es la reglamentaria, y puede contribuir además al control judicial de los Reglamentos que resulta del artículo 106.1 de la Constitución, en especial desde la perspectiva del principio de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución. […] No se trata de exteriorizar una justificación de todas y cada una de esas decisiones normativas, no es preciso desarrollar una labor motivadora tan detallada como la incorporada en la Memoria Justificativa, pero cuando menos resulta indicado ofrecer una explicación sucinta de las principales decisiones normativas". Idea sobre la que vuelve, entre otros, en su Dictamen 4310/1996, de 6 de febrero de 1997, al derivar y circunscribir al Preámbulo la justificación y motivación de las regulaciones contenidas en el articulado del Reglamento en cuestión.

Carta Magna, que "significa lisa y llanamente que ha de existir previamente, y a título de presupuesto de validez, la indispensable habilitación legal conferida a la Administración para entrar a normar reglamentariamente, con carácter instrumental, complementario y colaborante, en el ámbito propio de la ordenación reservada constitucionalmente a la ley"[154].

Los numerosísimos supuestos de reserva de ley contemplados en el texto constitucional no son óbice, en este sentido, para subrayar la necesidad e importancia de dicha colaboración, por cuanto la reserva de ley no excluye en ningún caso, tampoco en lo que se refiere al ámbito sancionador administrativo, la posibilidad de un desarrollo reglamentario del enunciado legal en la materia[155]. El Tribunal Constitucional ha sido claro al respecto, en cuanto ha respaldado la labor reglamentaria de concreción de aquellas regulaciones reservadas a ley por el constituyente, sancionando expresamente la constitucionalidad de las remisiones y llamadas efectuadas por el legislador al desarrollo reglamentario, si bien con ciertos límites[156].

Y así, el Tribunal Constitucional veda, en principio, la mera deslegalización o remisión en blanco por el legislador al ejecutivo para que supla por medio de la norma reglamentaria la exigencia constitucional de rango de ley en relación con una determinada materia. Lo contrario supondría, en términos de la Sentencia

[154] Considerando tercero.

[155] En este sentido, sobre el concepto y límites del Reglamento ejecutivo en nuestro ordenamiento jurídico, vid. la Moción sobre la consulta al Consejo de Estado de los Reglamentos ejecutivos de las leyes, aprobada en Pleno en su sesión de 22 de mayo de 1969; así como, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 213 y ss.; G. GARCÍA ÁLVAREZ, "El concepto de Reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, Tomo II, pp. 1.473 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, "Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en el Derecho español", *RAP*, núm. 77, mayo-agosto 1975, pp. 139 y ss.; y, F. SÁINZ MORENO, "Reglamentos ejecutivos y Reglamentos independientes", *REDA*, núm. 20, enero-marzo 1979, pp. 124 y ss. Asimismo, sobre el sentido histórico de la doctrina de las materias reservadas a la Ley y su evolución en el Derecho positivo español, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "La doctrina de las materias reservadas a la Ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RAP*, núm. 39, septiembre-diciembre 1962, pp. 287 y ss.; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", op. cit., pp. 165 y ss., en relación con las cláusulas de remisión legislativa y la extensión de la potestad reglamentaria; y, en fin, M. REBOLLO PUIG, "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", op. cit., pp. 123 y ss.

[156] Se refiere a la dificultad de precisar estos límites y a las "necesidades prácticas" que impulsan pese a todo al legislador y al Tribunal Constitucional a admitir una "limitada intervención del Reglamento que no perjudicara la función esencial de las reservas constitucionales", M. REBOLLO PUIG, "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", op. cit., pp. 134 y ss. J. TORNOS MAS, "La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", *RAP*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, p. 478, se refiere, a su vez, al problema que supone la definición del margen de discrecionalidad del legislador al actuar en el marco de la reserva legal a fin de evitar los supuestos extremos de deslegalización o ampliación del contenido de la Ley de remisión a límites exagerados.

83/1984, de 24 de julio, "una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir"[157]. De ahí que la Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre, entre otras, admita, en tal sentido, "la posibilidad de que la ley pueda contener remisiones a normas infraordenadas, siempre que tales remisiones no provoquen, por su indeterminación, una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador"[158].

La reserva de ley ampara, por tanto, la colaboración entre Ley y Reglamento, en cuanto "competencia limitada del Parlamento", excluyendo la posibilidad de remisiones reglamentarias por leyes sin un mínimo contenido material y de Reglamentos independientes en relación con aquellas materias reservadas por el constituyente al legislador[159]. La articulación de esta colaboración normativa entra así de lleno, en definitiva, en el ámbito de la delegación legislativa *lato sensu*[160].

Así lo ha sancionado el propio Tribunal Constitucional, que en su Sentencia de 4 de mayo de 1982 afirma que "no puede desconocerse el carácter que la moderna doctrina atribuye a la potestad reglamentaria como una técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo, como un instrumento de participación de la Administración en la ordenación de la sociedad, que relativiza la distinción entre los productos normativos de la Administración con mero valor reglamentario y los que adquieren fuerza de ley, y acentúa, por el contrario, el elemento de la delegación legislativa, que habilita a la Administración para ejercer facultades normativas". Las dudas al respecto se plantean, en última instancia, en torno al

[157] FJ 4. Doctrina apuntada ya para el ámbito tributario en las Sentencias 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 4, y 6/1983, de 4 de febrero, FJ 4.

[158] FJ 6. Se reitera con ello la doctrina de las Sentencias del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, FJ 4, y 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4.

[159] Así lo sanciona, en particular, para el ámbito administrativo sancionador, la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1988, de 21 de enero, FJ 10. Se trata de evitar, siguiendo en este punto a J. Mª. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, op. cit., pp. 90 y ss., que la habilitación concedida por ley sitúe *de facto* al poder reglamentario en una "situación semejante al legislador". Vid., en este sentido, el comentario a la doctrina constitucional de B. COLOM i PASTOR, "Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional", *REDA*, núms. 40-41, enero-marzo 1984, pp. 239 y ss.

[160] Vid., en este sentido, las Sentencias del Tribunal Constitucional 18/1982, de 4 de mayo, FJ 3; 35/1982, de 14 de junio, FJ 2; y, 39/1982, de 30 de junio, FJ 2. Para J. Mª. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 100, no cabe duda alguna que la determinación del alcance concreto de esta delegación, esto es, del modo en que el Reglamento completa la Ley, presupone una decisión eminentemente política. Vid., con mayor profundidad sobre la remisión al Reglamento como fórmula de delegación legislativa, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, op. cit., pp. 197 y ss.

quantum concretamente admisible a estos efectos y a los criterios a emplear, en fin, para la determinación de los límites aplicables a esa estrecha cooperación[161].

No en vano, el Tribunal Supremo ha reconducido el desarrollo reglamentario, en su Sentencia de 18 de diciembre de 1984 (Ar. 6690)[162], al establecimiento de "las reglas precisas para la explicitación, aclaración o puesta en práctica de los preceptos de la ley" sin "introducir mandatos nuevos y menos restrictivos de los contenidos en el texto legal". Su capacidad de innovación permanece así encorsetada y subordinada en última instancia a la ley, en virtud, fundamentalmente, de aquellos principios y criterios articulados por jurisprudencia y doctrina a fin de deslindar el campo admisible para la actuación reglamentaria.

La dificultad de definir estos criterios y de delimitar unas pautas objetivas aplicables por igual a todas las materias reservadas a la ley, las múltiples excepciones y matizaciones reconocidas, en cualquier caso, por la propia doctrina constitucional a aquella premisa fundamental que reduce la norma reglamentaria a un complemento indispensable de la ley, han terminado, no obstante, por invertir el esquema primario de colaboración normativa expuesto hasta aquí, alumbrando una gran diversidad de modalidades de cooperación entre ambas normas que "sólo difieren entre sí por el dato puramente cuantitativo del grado de cesión del espacio normativo de la ley en favor del reglamento", y entre las que cabe destacar algunas fórmulas en las que, como bien advierte SANTAMARÍA PASTOR, "la situación de partida se invierte casi por completo", al renunciar la ley "de modo prácticamente total a la regulación de una materia, entregándola en bloque al reglamento"[163].

[161] J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, pp. 368 y ss., enuncia cuatro criterios en los que apoyarse a efectos de determinar la admisibilidad de la colaboración reglamentaria con la ley, a saber, los de complitud de la regulación, mensurabilidad de la remisión, en cuanto ha de ser expresa, concreta y específica y delimitada, previsibilidad de la remisión y, en fin, de ejecución administrativa, conforme al que se amplía el ámbito de la remisión cuando la materia reservada sea de las confiadas al cumplimiento, ejecución o vigilancia administrativa. Para J. Mª. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 101, la cuestión no está tanto en delimitar lo esencial y lo accidental dentro de la reserva de ley, sino en "indagar si la remisión es idónea" y si existe "causa objetiva" que la justifique, sin que los criterios a emplear en este sentido puedan ser "en absoluto exhaustivos ni rígidos". J. TORNOS MAS, "La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", op. cit., p. 485, se refiere, en fin, a la necesidad de abordar cada supuesto en particular en función de sus circunstancias propias, ajustándose a lo que denomina como la "escala de la reserva legal" para determinar el contenido de la regulación material reservado a la ley.

[162] Considerando segundo.

[163] J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, p. 345.

b') La potestad reglamentaria en materia sancionadora.

La garantía formal del principio de legalidad que recoge el artículo 25.1 de la Constitución consagra, en definitiva, una reserva de ley que alcanza tanto al régimen sancionador penal como al Derecho administrativo sancionador, si bien con alcance un tanto diverso en cada caso. Corresponde al legislador articular y regular, en su virtud, el contenido esencial de infracciones y sanciones administrativas, erigiéndose la norma reglamentaria, no obstante, en complemento indispensable para su concreción y desarrollo ulterior, en cuanto "ha de entenderse que también en este campo dispone el Gobierno de la potestad reglamentaria que directamente le atribuye la propia Constitución"[164].

El Tribunal Constitucional recuerda, en este sentido, en su Sentencia 42/1987, de 7 de abril, que la remisión legal a la norma reglamentaria "implica la potestad conferida por la norma de reenvío de innovar, en alguna medida, el ordenamiento por parte de quien la utiliza"[165], por lo que no cabe sino concluir que el Reglamento está llamado a incorporar a su enunciado algo más que una mera reiteración formal del contenido de aquellos preceptos legales que le sirven de fundamento y cobertura[166].

Ahora bien, toda reserva de ley se caracteriza, en última instancia, por suponer "al tiempo, un mandato al legislador de regular el régimen jurídico" de la materia reservada "y una interdicción al Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria (artículo 97 de la Constitución), de proceder a una regulación *praeter legem*"[167]. Quedaría descartada, en consecuencia, y por lo que se refiere, en particular, al ámbito sancionador administrativo, la remisión en blanco a la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas para la tipificación de

[164] Así lo sanciona de forma expresa el Consejo de Estado en su Dictamen de 1 de julio de 1982. En idéntico sentido, P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., p. 120. Para J. F. MESTRE DELGADO, "Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora", *REDA*, núm. 57, enero-marzo 1988, la única figura normativa con la que puede actuar la Administración en materia sancionadora es, en consecuencia, la del Reglamento ejecutivo, "única y exclusivamente".

[165] FJ 4.

[166] Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 275, la Ley recoge "el núcleo o contenido esencial de dicha regulación", remitiendo a la norma reglamentaria su "complemento organizativo y procedimental".

[167] Sentencia del Tribunal Constitución 58/1982, de 27 de julio, FJ 1. Se muestra contrario, en cualquier caso, a considerar que la reserva constitucional de ley suponga un mandato positivo de legislar con un determinado grado de concreción, M. REBOLLO PUIG, "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", op. cit., pp. 145 y ss.

nuevas infracciones y sanciones en ausencia de un pronunciamiento previo del legislador al respecto[168].

Es claro el Tribunal Constitucional al respecto cuando afirma, en su Sentencia antes citada, 42/1987, de 7 de abril, que "el artículo 25.1 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes, en la medida necesaria para dar cumplimiento a la reserva de ley", de forma que "en tanto aquella regulación legal no se produzca, no es lícito, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra de rango legal"[169].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta doctrina constitucional, subrayando a estos efectos en su Sentencia de 16 de noviembre de 2001 (Ar. 10139) "la ilegitimidad de las cláusulas sancionadoras residuales, por las que se castiga genéricamente la infracción de los deberes contemplados en una norma, en cuanto remitan su concreción no a normas con rango de ley sino a reglamentos"[170].

La negación, en principio, de esta posibilidad de innovación ilimitada del ordenamiento jurídico sancionador por vía exclusivamente reglamentaria no supone, sin embargo, la exclusión de toda colaboración reglamentaria a fin de completar el enunciado de la ley sancionadora correspondiente[171]. Y así, el artículo 129.3 de la LRJAP y PAC sintetiza la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia al afirmar que "las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta

[168] No en vano recuerdan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 274, que en la remisión normativa se producen dos fenómenos distintos: "de un lado, la Ley delegante remite a un Reglamento para completar su propia regulación; por otro, la propia Ley delegante atribuye a la vez a la Administración la potestad de dictar dicho Reglamento".

[169] FJ 3. Esta doctrina ha sido reiterada después, entre otras, por las Sentencias 6/1994, de 17 de enero, FJ 2; y, 132/2001, de 8 de junio, FJ 5.

[170] Fundamento de derecho cuarto. Se recoge en esta Sentencia un resumen exhaustivo de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la reserva de ley y la colaboración reglamentaria en el ámbito sancionador administrativo.

[171] Para I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 120, la cuestión realmente importante al efecto "se refiere al concreto alcance de la remisión legal al Reglamento, es decir, al grado de determinación, condicionamiento o concreción de la remisión".

identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes"[172].

De esta forma, la reserva de ley se revela de eficacia relativa o limitada en materia sancionadora administrativa, por cuanto no excluye "la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, pero sí que tales remisiones hicieran posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley", a su primacía, en definitiva[173]. La ley debe contener, en consecuencia, la "determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica" y "la naturaleza y límites de las sanciones a imponer", recayendo sobre el Reglamento, en cambio, "el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley"[174].

Resultan así contrarias a las exigencias constitucionales *ex* artículo 25.1 "no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras"[175]. La mera habilitación legal para la posterior regulación reglamentaria no resulta acorde, en suma, con las exigencias propias de la reserva constitucional de ley, por cuanto el Reglamento ha de complementar sin sustituir o desplazar a la necesaria regulación legal de la materia correspondiente[176].

Ahora bien, el auténtico escollo para la correcta articulación de las exigencias formales del principio de legalidad en materia sancionadora deriva, precisamente,

---

172 Idea en la que insiste, asimismo, el artículo 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

173 Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, FJ 4, reiterada después, entre otras, por las Sentencias 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2; 161/2003, de 15 de septiembre, FJ 2; 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3; ó, 54/2005, de 14 de marzo, FJ 2. Para J. Mª. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 119, no cabe duda que con ello el Tribunal Constitucional admite la remisión normativa siempre que "quede patente la dependencia del Reglamento respecto a la Ley".

174 Así se sostiene, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 3/1988, de 21 de enero, FJ 9; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; 132/2001, de 8 de junio, FJ 5; ó, 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3. Para Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 55, implica el "mismo grado de dependencia y subordinación que las ramas mantienen con el árbol del que dimanan".

175 Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, FJ 2.

176 Reflexiona sobre ello J. TORNOS MAS, "La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", op. cit., p. 491. Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 44, profundiza también en la cuestión refiriéndose al papel coadyuvante del Reglamento con la Ley en la elaboración del ordenamiento sancionador.

de la imprecisión de esta doctrina constitucional que da cobertura a posiciones doctrinales muy diversas acerca del alcance real de la regulación reglamentaria en este ámbito. No en vano, ha denunciado algún autor que "con esta formulación genérica se está diciendo todo y nada", por cuanto ni la existencia de una ley previa legitima la colaboración reglamentaria en la tipificación correspondiente de infracciones y sanciones, ni cualquier previsión reglamentaria queda amparada por ese citado respaldo legislativo[177].

Se hace preciso, en definitiva, concretar en qué condiciones, cómo y con qué alcance se permite al reglamento coadyuvar a la ley en la determinación del régimen administrativo sancionador aplicable a un sector o ámbito concreto de la intervención administrativa.

Como primer requisito ineludible, la colaboración reglamentaria en materia sancionadora administrativa debe derivar de un pronunciamiento legal expreso, presupuesto "absolutamente necesario y determinante" para considerar válida la intervención del poder ejecutivo y la regulación de la norma remitida[178]. Otra cosa será la determinación del alcance de esa remisión, susceptible de alcanzar grados diversos en función de la casuística atendida por la abundante doctrina del Tribunal Constitucional en la materia.

Y así, si bien queda proscrita toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio, se admiten soluciones intermedias en las que la remisión normativa parte de una norma sancionadora incompleta o incluso de una norma sancionadora en blanco, esto es, de una norma sancionatoria que regule la materia correspondiente tan sólo de modo parcial, remitiendo parte de esa regulación a lo que se disponga en otra norma diversa[179]. Cabe graduar, lógicamente, la complejidad y el alcance de la remisión, partiendo de normas sancionadoras incompletas que si bien regulan de forma pormenorizada las infracciones establecidas en la materia, remiten, sin embargo, a otro producto normativo la determinación, por ejemplo, de la sanción aplicable a una determinada infracción u otros aspectos

---

177 Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 44 y ss. Sobre el debate doctrinal acerca del campo de acción del Reglamento en relación con la garantía formal de la reserva de ley en materia sancionadora, vid. I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., pp. 118 y ss., y la doctrina allí citada.

178 J. ESTEVE PARDO, "Sanciones administrativas y potestad reglamentaria. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1986", op. cit., p. 106.

179 No en vano, la propia complejidad de la realidad administrativa sancionadora impone soluciones de este tipo, por cuanto resulta inconcebible remitir al legislador la tipificación pormenorizada de toda conducta infractora. En este sentido, M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 114.

concretos del régimen jurídico sancionador que resulte aplicable[180], hasta normas sancionadoras en blanco *stricto sensu* que renuncian a tipificar la acción u omisión constitutiva de la infracción para asumir, en cambio, el enunciado que se establezca a este respecto en otra norma, que es la que regula la actividad sobre la que recae la prohibición o el mandato correspondiente[181].

Exige el Tribunal Constitucional el cumplimiento de ciertos requisitos para su admisibilidad en el ámbito penal, concretamente, que el reenvío normativo sea expreso, que esté justificado por causa del bien jurídico protegido por la norma penal y que la ley, además de señalar la pena correspondiente, "contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza", esto es, que "se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada"[182].

Nada hay que objetar a la traslación de esta doctrina penal al ámbito sancionador administrativo cuando la norma incompleta o en blanco remita a otra con rango de ley, mayores problemas plantea, sin embargo, la remisión a normas reglamentarias presentes y, sobre todo, futuras[183], si bien el Tribunal Constitucional ha admitido de forma expresa esta posibilidad al considerar que la norma legal remitente proporciona cobertura formal al Reglamento de desarrollo, dando así cumplida respuesta a la vertiente formal del principio de legalidad, y centrando, por tanto, el problema de su posible admisibilidad en el Derecho Administrativo sancionador en la vertiente material del principio y en el cumplimiento de las

[180] Teniendo siempre en cuenta que si bien el legislador puede servirse de conceptos abiertos o de remisiones a otras normas de rango inferior, ha de quedar siempre preservada la primacía de la ley sancionadora, sin que la regulación reglamentaria resultante pueda resultar autónoma, independiente o no claramente subordinada al texto legal remitente. Vid. en este sentido, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 29/1989, de 6 de febrero, FJ 2; 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3; y, 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3.

[181] La norma penal en blanco ha sido definida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/1998, de 15 de junio, FJ 2, como aquella "que impone taxativamente la consecuencia jurídica, pero cuyo supuesto de hecho no se encuentra totalmente previsto en ella, sino que requiere de un complemento previsto en otra norma; la norma penal se remite a otra norma de naturaleza no penal, que se integra de este modo en la definición del delito o falta". Se trata, en definitiva, como subraya I. LÓPEZ CÁRCAMO, "Normas sancionadoras administrativas en blanco. Problemas que plantean respecto a su acomodación a las exigencias del principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución (análisis crítico de la jurisprudencia más reciente)", *RVAP*, núm. 29, enero-abril 1991, p. 203, de "la consideración como infracción del incumplimiento de la regulación sustantiva de otra norma".

[182] Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990, de 5 de julio, FJ 3.

[183] P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., pp. 115 y ss., se refieren, incluso, a la posibilidad de que el complemento de la norma en blanco pueda ser un acto administrativo general o particular.

exigencias planteadas a este respecto por el principio de tipicidad, sobre el que se volverá *infra*[184].

Su admisión en el ámbito administrativo encuentra, en cualquier caso, un hito fundamental en la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1988, de 21 de enero, que sanciona la constitucionalidad de una remisión legal a norma reglamentaria en la que no se contiene ni establece la estructura básica del tipo, que queda así enteramente en manos del titular de la potestad reglamentaria correspondiente:

> «El Real Decreto-Ley, en su artículo 9, concreta el desvalor de las conductas consideradas ilícitas en la referencia al incumplimiento por las empresas de normas de seguridad teleológicamente encaminadas a la prevención de hechos delictivos, normas de seguridad que vendrán luego determinadas en sus circunstancias particulares por reglamentos que responderán, en cada caso, a valoraciones de carácter técnico y contingente, efectuadas por la Administración. El Real Decreto-Ley fija suficientemente, así, los elementos esenciales del ilícito administrativo, y de las sanciones correspondientes, éstas últimas mediante la remisión a la legislación general de orden público, y mediante la introducción de una nueva sanción consistente en el cierre del establecimiento. No hay por tanto una "deslegalización de la materia" en cuanto a la fijación de los tipos o conductas sancionables, sino una remisión al Reglamento que deja a salvo los elementos esenciales y necesarios para garantizar que no se producirá una regulación reglamentaria independiente y no subordinada a la ley. La colaboración reglamentaria en la tipificación de las conductas administrativamente ilícitas no supone, por tanto, en este caso, una vulneración del principio de legalidad contenido en el artículo 25.1, en cuanto que el Real Decreto-Ley contiene, como se ha dicho, los elementos fundamentales de esa tipificación»[185].

Aun cuando se ampare y reitere expresamente la doctrina de la Sentencia 42/1987, de 7 de abril, lo cierto es que "el cambio de fondo" que introduce la Sentencia

[184] Vid., entre otras, sobre la admisibilidad de las leyes penales en blanco y el rango formal exigible a la norma de complemento correspondiente, las Sentencias del Tribunal Constitucional 118/1992, y 120/1998, de 15 de junio. I. LÓPEZ CÁRCAMO, "Normas sancionadoras administrativas en blanco. Problemas que plantean respecto a su acomodación a las exigencias del principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución (análisis crítico de la jurisprudencia más reciente)", op. cit., p. 207, se refiere expresamente a esta cuestión, remitiendo la comprobación de la acomodación de la norma tipificadora en blanco al principio de legalidad desde la vertiente material de esta garantía a la verificación de "si el conjunto norma remitente-norma remitida determina con la precisión necesaria las infracciones, las sanciones y la correspondencia entre éstas y aquéllas".

[185] FJ 10.

3/1988 es "más que notable"[186]. No en vano, y pese a afirmar lo contrario, se sanciona la constitucionalidad de una ley de remisión que abdica de su obligación de impedir que el Reglamento decida de hecho y por sí solo las conductas antijurídicas. Al disponer que la infracción se consuma por la violación de otras normas reglamentarias, la ley renuncia a establecer la estructura del tipo, confiando esta tarea, en última instancia, al titular de la potestad reglamentaria[187].

Y así, el inconveniente no está tanto en admitir la posibilidad de la norma sancionadora en blanco, como en definir con cierta precisión los requisitos, condiciones, exigencias y límites que han de pautar su empleo. Así lo ha subrayado, en particular, Baño León, para quien "lo defectuoso" de la citada Sentencia de 1988 "estriba en no arrostrar la cuestión esencial", esto es, la de "saber cuándo pueden producirse situaciones que aconsejen la tipificación reglamentaria" y en las que la ley remita, por tanto, al reglamento esa responsabilidad[188].

Aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no haya sancionado expresamente la traslación de la doctrina de las leyes penales en blanco al ámbito de las infracciones y sanciones administrativas, no cabe duda que ésta resulta compatible con sus pronunciamientos en la materia e incluso aconsejable a la luz de consideraciones no sólo pragmáticas, por la propia realidad y los condicionantes que marcan el ejercicio de la potestad sancionadora en aquellos sectores reservados a la intervención administrativa, sino también constitucionales, por cuanto el artículo 25.1 de la Constitución sanciona la equiparación a todos los efectos de infracciones penales y administrativas, sin que alcance a comprenderse razón alguna por la que esta técnica hubiera de resultar aceptable en el ámbito penal y, sin embargo, inconstitucional en el ámbito sancionador administrativo[189].

Así parece desprenderse, en todo caso, de pronunciamientos como el contenido en su Sentencia 132/2001, al precisar que "la ley sancionadora ha de contener los

[186] Así lo subraya, en particular, J. Mª. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 121.

[187] De ahí la posición crítica de J. TORNOS MAS, "La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", op. cit., p. 506, para quien se trataría de un mero "cumplimiento formal" del mandato constitucional que incumple, sin lugar a dudas, la reserva legal.

[188] J. Mª. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 122.

[189] Se refiere a la abundancia de tipificaciones indirectas o por remisión y a su "generalización en la práctica normativa", A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 565. También se ha referido a este supuesto M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., pp. 477 y ss., entendiendo que no tiene por qué suponer una disminución de la tipicidad. Cuestión distinta es que la norma sancionadora pueda contener, en ocasiones, "remisiones indiscriminadas a una normativa imprecisamente aludida y amplia, infringiendo, ahora sí, el [citado] principio".

elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer", por cuanto "el artículo 25.1 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de ley"[190].

El silencio, por lo demás, del alto intérprete de la Constitución sobre las exigencias y límites aplicables a las remisiones legales en blanco a otras normas reglamentarias sancionadoras, obliga, en cualquier caso, a reflexionar sobre los requisitos que el propio Tribunal Constitucional ha alumbrado a este respecto en el ámbito penal. A los ya mencionados sobre la ley remitente, en cuya virtud se exige, en particular, que la remisión sea expresa, esté justificada en razón del bien jurídico protegido y recoja el núcleo o contenido esencial del comportamiento prohibido, se unen, además, aquellos desarrollados en relación con la norma remitida, a efectos de garantizar, de un lado, que su rango normativo sea realmente el adecuado, tema sobre el que se volverá *infra* a la luz del ejercicio de su potestad normativa por los entes institucionales y corporativos, y que no se proceda a efectuar, de otro, remisiones en cadena por las que la norma reglamentaria remita, a su vez, la determinación del elenco de conductas prohibidas a otras disposiciones o resoluciones administrativas[191].

La aludida flexibilización de la garantía formal que consagra el principio de legalidad se manifiesta, asimismo, en la admisión por el Tribunal Constitucional del empleo de conceptos jurídicos indeterminados para la tipificación de infracciones. Se trata de una modulación que afecta tanto a la vertiente formal como material del principio, por cuanto supone el reconocimiento de un cierto margen de apreciación en manos de la Administración Pública que podrá proceder a concretar por vía reglamentaria esa indeterminación inicial en la definición legal de las conductas infractoras.

[190] FJ 5. Doctrina que reitera, en cualquier caso, la contenida en otras Sentencias, por ejemplo, 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 3/1988, de 21 de enero, FJ 9; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; 6/1994, de 17 de enero, FJ 2; ó, 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3.

[191] En efecto, sostiene el Tribunal Constitucional en su Sentencia 93/1992, de 11 de junio, FJ 8, sobre una sanción impuesta por colegio profesional a un colegiado farmacéutico, que la ley penal en blanco "aunque de por sí no resulta constitucionalmente ilícita, sí queda sometida a límites constitucionales estrictos. Y, desde luego, tales límites circundan no solamente la norma incompleta, sino también aquellas disposiciones que resulten necesarias para integrar la previsión legal de la conducta sometida a sanción". Reitera con ello la doctrina de su anterior Sentencia 127/1990, de 5 de julio, FJ 3. Sobre la traslación de estas exigencias penales al ámbito sancionador administrativo, vid., por todos, M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., pp. 113 y ss., así como la doctrina allí citada.

Y así, la Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, si bien reconoce que el principio de tipicidad que sanciona el artículo 25.1 de la Constitución "está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica", exigiendo al legislador "el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos", no vacila en afirmar que "ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo interpone conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación"[192].

Más contundente aún es la Sentencia 69/1989, de 20 de abril, en la que se afirma que "no vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el artículo 25.1 de la Constitución la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada". No en vano, "los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable con arreglo a los criterios interpretativos antes enunciados"[193].

Reviste una gran complejidad, en cualquier caso, la determinación del contenido específico del concepto jurídico indeterminado, por cuanto la indeterminación propia de su enunciado no implica de manera alguna una libertad absoluta de los titulares de los poderes públicos, y en concreto, por lo que se refiere a la materia sancionadora administrativa, de la Administración Pública competente, para concretar su contenido[194]. Se debe concluir, en este sentido, siguiendo a García de Enterría, que su empleo busca precisamente lo contrario, esto es, desterrar la discrecionalidad en una materia que debe estar presidida por el interés común[195].

[192] FJ 7.

[193] FJ 1.

[194] La polémica desatada entre García de Enterría y Beltrán de Felipe sobre la calificación del interés general como concepto jurídico indeterminado es prueba fehaciente de ello. Vid. al respecto las sucesivas aportaciones realizadas por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La lucha contra las inmunidades del poder", *RAP*, núm. 38, mayo-agosto 1962, pp. 159 y ss.; M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995; y, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *REDA*, núm. 89, enero-marzo 1996, pp. 69 y ss.

[195] De ahí que E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", op. cit., p. 83, afirme tajantemente que "la indeterminación lógica del enunciado no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación, que permita cualquier interpretación y la contraria, o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier solución".

Es lo que este autor ha calificado de "unidad de solución justa" en la aplicación del concepto jurídico indeterminado a una circunstancia concreta[196].

La aclaración y especificación detallada del tenor del concepto en un caso particular es, de esta forma, una cuestión casuística, que depende de las circunstancias del caso en cuestión, siendo del todo desaconsejables los intentos de concretar, dentro de unos límites taxativos y previamente definidos, su contenido que, en cuanto tal, está llamado a ser aplicado a cada supuesto con el fin de dar con la única solución justa posible[197].

Evidentemente, resultará compatible con la reserva de ley vigente en materia sancionadora la remisión al Reglamento para la concreción a un sector específico o para ciertos casos concretos de los conceptos jurídicos indeterminados empleados por la ley sancionadora; no así, sin embargo, la remisión con carácter general o indeterminado de la concreción de un concepto de estas características sin referencia alguna a sectores o supuestos concretos, por cuanto no se daría en este caso un proceso de determinación para unos supuestos específicos de un concepto jurídico *a priori* indeterminado, sino más bien una dejación de funciones por parte del legislador quien, no habiendo definido con carácter general el contenido del

[196] "Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es", para E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La lucha contra las inmunidades del poder", op. cit., pp. 171 y ss., "que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto […]. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio". Sobre ello han insistido R. BOCANEGRA SIERRA y A. HUERGO LORA, "Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar", *REDA*, núm. 111, julio-septiembre 2001, p. 420. Asimismo, sobre la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 101 y ss.; y, F. SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 223 y ss. Analizan también esta teoría, si bien desde la perspectiva concreta de la jurisprudencia constitucional en el ámbito económico, P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, "Conceptos jurídicos indeterminados y realidades económicas difusas en la Constitución de 1978", en L. COSCULLUELA MONTANER (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 207 y ss.; y, en fin, de la responsabilidad patrimonial administrativa, T. QUINTANA LÓPEZ, "Responsabilidad patrimonial de la Administración y conceptos jurídicos indeterminados (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996. Aranzadi número 987)", *PJ*, núms. 41-42, 1996, pp. 457 y ss.

[197] E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, op. cit., pp. 122 y ss., estudia en profundidad el tema de los conceptos jurídicos indeterminados y de la posible incidencia en ellos de la discrecionalidad administrativa. Subraya, en concreto, la existencia de una discrecionalidad "puramente instrumental" en su aplicación e interpretación, "en el sentido de que la decisión que finalmente adopta el intérprete acerca de su significado y aplicación a los casos dudosos, no está guiada plenamente por el ordenamiento jurídico y el intérprete ha de acudir a argumentos jurídicos controvertidos o, incluso, a argumentos extrajurídicos". La autora ha llamado la atención, además, sobre la posible distinción entre conceptos indeterminados jurídicos, en los que "la determinación final de cuál es la interpretación y aplicación correcta de un concepto jurídico indeterminado corresponde a los tribunales, que, por tanto, en principio, pueden controlar plenamente y sustituir la decisión administrativa", y conceptos indeterminados jurídico-políticos "para cuya concreción y aplicación es preciso llevar a cabo valoraciones de política administrativa que están atribuidas por el ordenamiento jurídico, a la Administración", y en cuyo caso "el control judicial de la concreción y aplicación administrativa de este tipo de conceptos es de carácter más reducido".

concepto, se remite, sin embargo, al reglamento para un desarrollo general que ella misma habría podido hacer con semejante carácter[198].

En cualquier caso, la colaboración ley-reglamento para la tipificación de infracciones y sanciones continúa arrojando múltiples sombras desde la perspectiva del principio de legalidad, zonas de claroscuro que abocan, en fin, a un tratamiento particularizado y que aconsejan la sistematización y el desarrollo de la doctrina del Tribunal Constitucional a la luz del enunciado del artículo 129 de la LRJAP y PAC a fin de "encontrar un punto intermedio que permita excluir los polos opuestos"[199].

Mientras tanto, la doctrina ha procurado acotar, a la luz de la jurisprudencia constitucional, aquellos contenidos mínimos que, con todas las flexibilizaciones y modulaciones aludidas, deben estar recogidos en la ley sancionadora remitente, así como aquellos otros susceptibles, por el contrario, de desarrollo y concreción reglamentaria, a fin de que el binomio sancionador ley-reglamento resulte acorde a la garantía formal de legalidad instaurada por el artículo 25 de la Constitución[200].

Y así, corresponde a la ley atribuir a una Administración Pública la potestad sancionadora en un sector o ámbito material de intervención determinado, así como describir de forma inequívoca no sólo las conductas infractoras, con las modulaciones expuestas respecto a las normas sancionadoras en blanco o al empleo de conceptos jurídicos indeterminados, sino también las clases y los límites de las sanciones a imponer, su graduación y la necesaria correlación, en fin, entre infracciones y sanciones.

El Reglamento, en cambio, podrá determinar el órgano competente para sancionar, una vez atribuida legalmente la potestad sancionadora, así como desarrollar, precisar o concretar, el cuadro de infracciones y sanciones, sin alterar, no obstante, su naturaleza, clases o límites, ni crear otras nuevas no conectadas claramente a precepto legal alguno[201].

Y, sin embargo, la formulación por el legislador y la jurisprudencia constitucional de criterios claros a este respecto sigue siendo una asignatura pendiente de primer orden, por cuanto las diversas modulaciones y flexibilizaciones admitidas en la materia han contribuido a llevar la teoría general de las exigencias de la reserva de ley en el derecho administrativo sancionador a un ámbito excesivamente casuístico, contradictorio incluso, en el que bajo la apariencia de estricta exigencia de la reserva legal, han terminado por consolidarse prácticas normativas y administrativas no siempre satisfactorias[202].

c) Modulaciones más significativas de la reserva de ley en materia sancionadora.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido contundente a la hora de consagrar la vigencia del principio de legalidad penal en el ámbito sancionador administrativo, anudando a este reconocimiento consecuencias de primer orden, como es, en particular, la afirmación indubitada de la reserva de ley en esta materia.

Ahora bien, al delimitar sus contornos y las peculiaridades propias del principio en materia sancionadora administrativa, el Alto Tribunal ha empleado la misma contundencia destinada originariamente a afirmar su traslación desde el Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador a fin de excepcionar, en última instancia, la rigidez de las consecuencias que derivarían de semejante traslado. Y así, no duda en afirmar la flexibilización del principio de legalidad y, en particular, de la reserva de ley en materia sancionadora por razones, en última instancia, eminentemente pragmáticas, destacando, a estos efectos, tres modulaciones fundamentales que, amparadas por la doctrina constitucional, rompen con la garantía formal del principio de legalidad tal y como ha sido expuesta en páginas

198 Así lo defiende, en particular, M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., pp. 479 y ss., si bien reconociendo que no es posible dar en este punto "reglas absolutas".

199 F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 179.

200 No en vano, es éste el problema fundamental a solucionar a efectos de determinar la validez de un ulterior desarrollo reglamentario. En este sentido, A. EMBID IRUJO, "Potestad reglamentaria", *RVAP*, núm. 29, enero-abril 1991, p. 98; J. ESTEVE PARDO, "Sanciones administrativas y potestad reglamentaria. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1986", op. cit., p. 106; F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 177; J. F. MESTRE DELGADO, "Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora", op. cit.; Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 49; o, I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 126.

201 Vid., a este respecto, sobre la concreción pormenorizada de los contenidos más apropiados a la Ley y al Reglamento sancionador, J. ESTEVE PARDO, "Sanciones administrativas y potestad reglamentaria. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1986", op. cit., pp. 106 y ss.; Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 48 y ss.; F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., pp. 179 y ss.; o, M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., pp. 453 y ss. Asimismo, sobre la discrecionalidad administrativa y el arbitrio judicial como complementos inexcusables de la legalidad, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 248 y ss.

202 En este sentido, entre otros muchos, F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 179; e, I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 191.

precedentes, permitiendo la quiebra, en consecuencia, del delicado equilibrio ley-reglamento alumbrado por el propio Tribunal Constitucional a favor de un papel aún más predominante de la norma reglamentaria en la regulación del régimen sancionador correspondiente.

a') El ejercicio de la potestad sancionadora al amparo de normas preconstitucionales.

La primera de las modulaciones aludidas está relacionada con la admisión por el Tribunal Constitucional de la imposición de sanciones tras 1978 al amparo de normas aprobadas con anterioridad a la Constitución y sin cobertura legal suficiente. En este sentido, conviene recordar que la doctrina del alto intérprete constitucional en materia sancionadora administrativa ha sido alumbrada y formulada, en buena medida, con motivo de sanciones impuestas en aplicación de normas preconstitucionales cuya cobertura legal resultaba, cuando menos, discutible. Con ello, el Tribunal ha dado respuesta no sólo a la compleja cuestión acerca de la validez tras la aprobación de la Constitución de los Reglamentos sancionadores preconstitucionales, sino que ha establecido también *pro futuro* las pautas normativas respecto a la exigencia y límites de la garantía formal del principio de legalidad en materia sancionadora[203].

Resulta meridianamente clara, en este sentido, pese a no referirse a materia sancionadora, la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, en la que se afirma que "no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior, especialmente cuando la fuente de Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación"[204]. Así lo sanciona también, poco tiempo después, la Sentencia 15/1981, de 7 de mayo, al sostener que "el «principio de legalidad» que se traduce en la «reserva absoluta» de ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada"[205].

Y así, aun cuando resulten contrarias a la Constitución tras su entrada en vigor las habilitaciones legales genéricas o remisiones en blanco a normas reglamentarias sancionadoras, por vulneración de la reserva de ley constitucional en la materia,

[203] G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 95.

[204] FJ 5.

[205] FJ 7.

la Sentencia 83/1984, de 24 de julio, subraya cómo la norma preconstitucional "sufre los efectos de su colisión con la Constitución sólo desde la entrada en vigor de ésta, de tal modo que tales efectos no son los propios de la nulidad *a radice*, sino sólo los de la derogación", por lo que "su pérdida de vigencia no arrastra en modo alguno la de las disposiciones producidas a su amparo mientras estuvo vigente […], ni, *a fortiori*, la de las que, a su vez, son desarrollo o complemento de éstas […] o no tienen otra finalidad que la de complementarlas para asegurar su concordancia con otras normas de incuestionada validez"[206].

Resulta innegable, por tanto, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, la imposibilidad de aprobar nuevas normas reglamentarias sancionadoras tras la entrada en vigor de la Constitución al amparo de habilitaciones o remisiones legales preconstitucionales de este tipo, por cuanto resultan contrarias al principio de legalidad sancionado en el artículo 25.1 del texto constitucional, si bien ello no implica, en última instancia, la derogación o invalidez de aquellas normas reglamentarias sancionadoras que, aprobadas con anterioridad a nuestra Carta Magna, respondieran a una habilitación de este tipo. Se trata de una regla fundada en razones de orden eminentemente práctico, por cuanto pretende evitar el caos que habría devenido de la anulación a partir de 1978 de buena parte del ordenamiento administrativo sancionador anterior a la Constitución[207]. El propio Tribunal Constitucional situó su fundamento, en la Sentencia 177/1992, de 2 de noviembre, en "el principio de continuidad del ordenamiento jurídico que, a su vez, deriva del principio de seguridad jurídica expresamente consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución"[208].

Así se establece, en particular, en la capital Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, en la que con toda claridad se afirma que "cualquiera que

[206] FJ 5.

[207] En idéntico sentido, T. R. FERNÁNDEZ, "Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno", op. cit., p. 39, que entiende que estas matizaciones introducidas respecto a la normativa preconstitucional se deben a la delicada situación del Tribunal Constitucional obligado a elegir entre mantener una normativa preconstitucional que difícilmente cumplía con las exigencias constitucionales o a derogarla y dejar sin sanción comportamientos y conductas claramente reprobables; Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 30, para quien el "coste social" de este "vacío normativo" sería "demasiado alto"; y, F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 183, quien sostiene que la posición del Tribunal Constitucional "parece responder más bien a inconfesados criterios de oportunidad".

[208] FJ 3. Pese a todo, no cabe duda que en ocasiones se ha abusado de la excepción para deformarla y dar cobertura a infracciones de dudosa legalidad. Vid., en este sentido, sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1990 (Ar. 9136), en relación con una infracción reglamentaria y sanción impuesta a un Ayuntamiento por hechos acaecidos a resultas de la celebración de un espectáculo taurino tradicional, T. QUINTANA LÓPEZ, "Espectáculos taurinos y sanciones gubernativas", *REDA*, núm. 74, abril-junio 1992, pp. 267 y ss.

sea la validez y aplicabilidad de las normas preconstitucionales incompatibles con el principio de legalidad que garantiza el artículo 25.1 de la Constitución, es claro que, a partir de la entrada en vigor de la misma, toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia", tanto si proviene de una norma legal como, con mayor razón aún, si procede de una remisión de segundo grado establecida en una norma sin fuerza de ley[209].

Se trata, en cualquier caso, de una Sentencia esencial para la mejor comprensión de la doctrina constitucional sobre la aplicación de la reserva de ley al Derecho Administrativo sancionador y, en concreto, sobre la modulación de esta reserva en caso de concurrir normas preconstitucionales. La doctrina constitucional enunciada en páginas precedentes recibe una matización importante en esta Sentencia por cuanto distingue, por vez primera, entre normas reglamentarias sancionadoras pre y postconstitucionales aprobadas en desarrollo de una habilitación legal genérica o de una remisión normativa en blanco, admitiendo, en este sentido, la norma reglamentaria postconstitucional que se limite "sin innovar el sistema de infracciones y sanciones en vigor, a aplicar ese sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material", por cuanto "no cabe entonces hablar propiamente de remisión normativa en favor de aquella disposición", sino más bien de una "reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas". Sostiene el Tribunal que "en tal caso la disposición de desarrollo reglamentario no infringe la prohibición […] de alterar el sistema sancionatorio administrativo sin cobertura legal apropiada"[210].

Profundiza en esta interpretación la Sentencia 29/1989, de 6 de febrero, en la que se afirma que "la simple refundición de aquellas normas preconstitucionales en un nuevo texto aprobado con posterioridad a la Constitución […] no es contraria a la referida exigencia formal, siempre que este último no innove el ordenamiento sancionador y constituya una mera reordenación sistemática, en un texto único de normas perfectamente válidas y vigentes, previamente dispersas en una pluralidad de textos normativos"[211]. Parece admitir, en última instancia, la posible

[209] FJ 3.

[210] FJ 4. Se hacen eco de esta doctrina, entre otras, las Sentencias 29/1989, de 6 de febrero, FFJJ 2 y 3; 177/1992, de 2 de noviembre, FFJJ 2 y 3; 305/1993, de 25 de octubre, FFJJ 3 y 7; 306/1994, de 14 de noviembre, FJ 6; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 50/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 52/2003, de 17 de marzo, FFJJ 7 y 10; y, 16/2004, de 23 de febrero, FJ 6.

[211] FJ 3.

actualización o revisión de la regulación preconstitucional a través de normas reglamentarias postconstitucionales carentes de cobertura legal.

El debate planteado en torno a la quiebra que supone el reconocimiento por el Tribunal Constitucional de esta importante modulación del principio de legalidad, termina por desembocar, finalmente, en una reformulación de su propia doctrina que corrige, en buena medida, alguna de las conclusiones a que había llegado con anterioridad[212]. Y así, tres años más tarde, la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1992, de 2 de noviembre, sostiene que "la pervivencia de normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales tiene como importante límite la imposibilidad de que con posterioridad a la Constitución se actualicen dichas normas por la misma vía reglamentaria, puesto que ello no respetaría el sistema de producción de normas jurídicas impuesto ahora por la Constitución"[213].

La Sentencia 305/1993, de 25 de octubre, profundiza en ello y proscribe cualquier reiteración de preceptos preconstitucionales que sin suponer en sentido estricto "una reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas", pretenda erigirse en una actualización global de la regulación preconstitucional sustituyéndola en bloque[214].

Y es que entiende el Tribunal que "en caso contrario se produciría el efecto perverso de mantener *ad calendas graecas* después de la Constitución, infracciones que, se mire como se mire, carecen de la necesaria cobertura legal"[215]. Y así, el propio Tribunal Constitucional va encauzando su doctrina originaria, sancionando, en este sentido, la conveniencia de ponderar "restrictivamente en todo caso" las necesidades de continuidad del ordenamiento en que se justificaba la pervivencia en el ordenamiento postconstitucional de normas sancionadoras anteriores a nuestra Carta Magna y contrarias a las exigencias formales del principio de legalidad que establece el artículo 25.1 de la Constitución, "como supuesto limitativo que son de un derecho fundamental"; necesidades que, en cualquier caso, "se ven matiza-

[212] Se muestra crítico con esta doctrina, empleada por el Tribunal Supremo para dar carta de naturaleza a las sanciones impuestas al amparo del Reglamento de Espectáculos Públicos de 1982, que reproducía preceptos análogos del Reglamento de 1935, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El principio de legalidad en materia sancionadora", op. cit., p. 650. Asimismo, sobre el cambio de rumbo en esta materia de la doctrina constitucional, F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 185.

[213] FJ 3.

[214] FJ 7.

[215] Sentencia del Tribunal Constitucional 117/1995, de 17 de julio, FJ 3. En idéntico sentido, las Sentencias 50/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 52/2003, de 17 de marzo, FJ 10; y, 16/2004, de 23 de febrero, FJ 6.

das progresivamente conforme avanzamos en nuestro tiempo, el de la vigencia de la Constitución"[216].

De esta forma, y a resultas de la doctrina del Tribunal Constitucional, cabe afirmar, siguiendo en este punto a Hernández González, la existencia de un doble régimen del Derecho Administrativo sancionador regulado reglamentariamente, según que las conductas infractoras y las correspondientes sanciones estén tipificadas en normas preconstitucionales aún vigentes, posibilidad admitida expresamente por el Tribunal Constitución, o sean el resultado de una nueva creación postconstitucional, en cuyo caso sería inconstitucional por vulnerar la reserva de ley que sanciona la garantía formal del principio de legalidad vigente al amparo del artículo 25.1 de la Constitución[217].

b') Las sanciones impuestas en el marco de una relación de sujeción especial.

La segunda de las quiebras admitidas por el Tribunal Constitucional a la reserva de ley que sanciona el artículo 25.1 de la Constitución deriva de las modulaciones que cabe apreciar respecto a las exigencias del principio de legalidad en la doctrina constitucional en cuanto a la imposición de una sanción en el marco de una relación especial de sujeción. No en vano, la potestad sancionadora ejercida en el ámbito de estas relaciones especiales se acerca e identifica, en un principio, con una potestad propiamente disciplinaria[218], traduciéndose las modulaciones anteriormente citadas en matizaciones y flexibilizaciones que, admitidas y sancionadas por la doctrina del Tribunal Constitucional, contribuyen a relajar, en última instancia, aquellas cortapisas y limitaciones impuestas originariamente por la vigencia del principio de legalidad en materia sancionadora administrativa[219].

Se trata, en cualquier caso, de una cuestión sumamente polémica, "antipática" incluso, que ha perdido, en buena medida, su razón de ser, por cuanto la cons-

[216] Sentencia 132/2003, de 30 de junio, FJ 3.

[217] F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 183.

[218] En este sentido, J. M. SERRANO ALBERCA, "Artículo 25.1", op. cit., p. 585, quien distingue, dentro de las potestades sancionadoras de la Administración, "la potestad gubernativa o administrativa en sentido estricto", por la que cabe imponer sanciones "a la generalidad de los ciudadanos en cuanto administrados", y la "potestad disciplinaria", que permite, en cambio, la imposición de "sanciones derivadas de hechos en el marco de las llamadas relaciones especiales de poder".

[219] En idéntico sentido, Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 35, para quien las "matizaciones" a que alude la doctrina constitucional se traducen, sin lugar a dudas, en "ciertas relajaciones".

trucción dogmática de la relación especial de sujeción carece hoy día de la justificación y consecuencias con que fue alumbrada en sus comienzos[220].

En efecto, su origen histórico se sitúa en el ordenamiento jurídico alemán, debiéndose su formulación y adopción en la esfera del Derecho administrativo, fundamentalmente, a Otto Mayer[221], quien sostiene la existencia, en ciertos casos, de una relación de sujeción particular. Si bien es cierto que "sujeción significa vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior" y que, desde esta perspectiva, "la relación entre el Estado y el súbdito es un vínculo de sujeción importante", el autor germano remite el significado de esta expresión peculiar a aquella relación concreta de sujeción "creada especialmente para el súbdito o más bien para cierta pluralidad de súbditos". Es, en definitiva, "una relación jurídica de derecho público por la cual el individuo está vinculado respecto del Estado, por efecto de la obligación general de regular su conducta conforme a un cierto interés público"[222].

Ya en el ordenamiento español, el concepto ha sido calificado de "absolutamente ambiguo" por Santamaría Pastor, debido a la diversidad de supuestos que con el tiempo se han cobijado bajo el mismo y a los distintos tratamientos que, en consecuencia, reciben. Ante la ampliación imparable de la expresión a otros ámbitos más alejados, el autor reconduce la situación diferenciando dos categorías radicalmente diversas, de tal forma que "cuando nos hallamos ante personas encuadradas en una relación especial de sujeción auténtica o en sentido estricto (por ejemplo, funcionarios), la regulación de sus relaciones con la Administración no es sino un supuesto de potestad organizatoria", mientras que "en los demás casos, en cambio, de personas o entidades que realizan actividades cuya intervención está directamente encomendada a un Ministerio, no nos hallamos ante una verdadera relación especial de sujeción, sino ante actualizaciones de la relación general de supremacía que une al Estado con todos los ciudadanos"[223].

[220] Vid., en este sentido, por todos, G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 136.

[221] Así, entre otros, R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 42.

[222] O. MAYER, *Derecho administrativo alemán*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 144. Sobre los antecedentes de la teoría clásica de la relación especial de sujeción, su evolución en la dogmática alemana y su introducción en España, vid., por todos, R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, op. cit., pp. 23 y ss.; I. LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 39 y ss.; y, M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 45 y ss.

[223] J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pp. 763 y 792. Se trata de una opinión compartida, entre otros, por R. GARCÍA

Y es que si algo ha caracterizado a la categoría es su crecimiento y expansión indiscriminada a ámbitos diversos y muy alejados de los propiamente originarios, motivando la alarma de la doctrina que ha advertido, en este sentido, de la necesidad de delimitar con precisión los elementos y caracteres definidores del concepto, así como del riesgo que implica que su aplicación práctica "se expanda con una desmesura rigurosamente anormal"[224]. Se une así a su carácter eminentemente casuístico, la complejidad inherente a la ampliación imparable de la teoría para dar cabida en su seno a situaciones de lo más dispares. Resulta una muestra palpable de ello la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio, en la que se plantea y sanciona la extensión de la teoría al régimen de prestación del servicio de taxi[225].

Si bien se trata de un ensanchamiento que dificulta, en última instancia, la conceptualización de la categoría, lo cierto es que ha sido propiciado, sobre todo, por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, por cuanto la instrumentalización del concepto le ha permitido mantener en supuestos diversos y sumamente polémicos el delicado equilibrio existente en materia administrativa sancionadora con el principio constitucional de legalidad[226].

Así, a título de ejemplo, la Sentencia de 29 de mayo de 1990 (Ar. 5621), en la que se entienden inaplicables las exigencias formales del artículo 25.1 de la Constitución a una sanción de caducidad de la concesión en materia de mercados municipales, por tratarse de una relación de sujeción especial, "ya que en estos casos

MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, op. cit., pp. 49 y ss., a la vista de los cuatro colectivos a los que se aplicaba originariamente esta categoría (funcionarios, presos, soldados y alumnos); y, G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 136, para quien "ni siquiera los [supuestos] encuadrables pacíficamente en dicha categoría admiten un tratamiento homogéneo". En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1999, de 22 de julio, FJ 4, cuando afirma que "no todas las relaciones especiales de sujeción […] han de tener el mismo tratamiento normativo".

[224] Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 36. En idéntico sentido, R. GARCÍA MACHO, "Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción", en *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (II)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, Tomo I, p. 686, quien refiere el "abuso de los poderes públicos" en la utilización del concepto. B. LOZANO CUTANDA, "La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa…", op. cit., p. 65, considera muy discutible, en este sentido, su operatividad práctica, por las dificultades que plantea la determinación de su ámbito de aplicación y la heterogeneidad de los supuestos que cobija.

[225] Vid. sobre la misma, J. M. ALEGRE ÁVILA, "Relaciones especiales de sujeción, legalidad sancionadora y servicios públicos", en L. COSCULLUELA MONTANER (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 759 y ss.

[226] Así lo subraya G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 149, para quien la caracterización expansiva del concepto por el Tribunal Supremo en un determinado momento se convierte en "un cómodo expediente para evitar crear numerosos vacíos en el ordenamiento sancionador administrativo". Asimismo, sobre el empleo de la categoría por la jurisprudencia, B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, op. cit., pp. 79. y ss.

no se trata de ejercer el *ius puniendi* de la Administración, sino de organizar los servicios públicos"[227].

También, en idéntico sentido, la Sentencia de 20 de mayo de 1996 (Ar. 4459), que niega la vulneración del citado precepto constitucional respecto a una sanción impuesta a un anciano en un centro público de la tercera edad. Tras reconocer "la variedad de situaciones jurídicas que se encuadran dentro de la denominación de relación especial de sujeción" y reconducir el caso de autos a la categoría, sostiene la admisibilidad de las normas disciplinarias que pretenden garantizar la convivencia dentro del centro aun cuando carezcan de cobertura legal e incluso reglamentaria, "pudiendo haberse tratado de un reglamento de régimen interior del centro que ni siquiera hubiera sido objeto de publicación"[228].

No en vano, la inclusión de un determinado supuesto dentro de la categoría de las relaciones especiales de sujeción o de supremacía especial permite atenuar las exigencias formales del principio de legalidad respecto al ejercicio en este ámbito de la potestad sancionadora administrativa.

Así lo ampara tempranamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 2/1987, de 21 de enero, al afirmar que "en virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución", si bien reconoce que "también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el artículo 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales". Y así, concluye el Tribunal Constitucional que tras la aprobación de la Constitución de 1978 "una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado"[229].

[227] Fundamento de derecho primero del Tribunal Supremo.

[228] Fundamento de derecho segundo. Se volverá *infra* sobre el recurso por la jurisprudencia a la relación especial de sujeción en la búsqueda de un título habilitante al ejercicio de la potestad sancionadora por entes tanto institucionales como corporativos y, en particular, por los colegios profesionales.

[229] FJ 2.

A pesar de todo, el ámbito objetivo de las relaciones incluidas en la categoría por la jurisprudencia tanto constitucional como contencioso-administrativa no ha dejado de crecer, como habrá ocasión de comprobar *infra* al hilo de la determinación del título habilitante para el ejercicio de la potestad sancionadora por entes de naturaleza institucional o corporativa. Una posición muy contestada y combatida, en cualquier caso, por la doctrina, especialmente tras la entrada en vigor del texto constitucional, por la vulneración a que conduce de algunos de los elementos esenciales propios e inherentes al Estado de Derecho[230].

La posible supervivencia de la categoría dentro del marco constitucional e incluso su idoneidad en ciertos ámbitos de la organización administrativa, no pueden empañar el hecho de que por su afectación a la seguridad jurídica, en cuanto que restringe el ejercicio de los derechos fundamentales de los sujetos incluidos en ese círculo concreto, y su limitación del principio de legalidad, debe aplicarse e interpretarse de forma mucho más restrictiva, acorde a las exigencias y al principio *in favor libertatis* que incorpora el texto constitucional de 1978[231]. Solamente así se conjuraría el peligro de que un "uso ligero y abusivo" de la categoría vaciara de contenido importantes garantías constitucionales[232].

Así parece asumirlo también el Tribunal Constitucional a partir de su Sentencia 61/1990, de 29 de marzo, en la que sostiene que "una cosa es, en efecto, que que-

230 R. GARCÍA MACHO, "En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción", *REDA*, núm. 64, octubre-diciembre 1989, p. 527, denuncia la utilización de la categoría por el Tribunal Supremo, "sin un conocimiento de su contenido y límites en la actualidad, es decir, a ciegas". Coincide también en este juicio de valor negativo A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Derecho público del mercado de valores*, CEURA, Madrid, 1989, p. 145. En su estudio, ya clásico, sobre la materia, A. GALLEGO ANABITARTE, "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración", *RAP*, núm. 34, enero-abril 1961, pp. 24 y ss., sostiene, ante su expansión e indeterminación, que "cualquier definición de la relación especial de sujeción será siempre insuficiente y, por tanto, inútil". En idéntico sentido, entre otros muchos, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 251; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis", en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, CECA, Madrid, 1991, p. 19; y, J. Mª. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 207.

231 En este sentido, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", op. cit., pp. 181 y ss.; R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, op. cit., p. 209; *ídem*, "Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción", op. cit., pp. 676 y ss.; A. JIMÉNEZ-BLANCO, "Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *La Ley*, 1988, Tomo II, p. 989; y, J. Mª. MICHAVILA NÚÑEZ, "El principio de legalidad en la potestad sancionadora de la Administración: nuevas aportaciones del TC", *PJ*, núm. 6, 1987, p. 93. Ofrece, asimismo, una interpretación restrictiva de las relaciones especiales de sujeción en el ámbito de la función pública T. QUINTANA LÓPEZ, "El principio «*non bis in idem*» y la responsabilidad administrativa de los funcionarios", *REDA*, núm. 52, octubre-diciembre 1986, pp. 587 y ss.

232 J. Mª. MICHAVILA NÚÑEZ, "El principio de legalidad en la potestad sancionadora de la Administración: nuevas aportaciones del TC", op. cit., p. 93. Para B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, op. cit., p. 120, la falta de claridad en lo relativo a su concepto y extensión va acompañada de la "fuerte rebaja –por no decir desconocimiento– de las exigencias de la reserva de ley".

pan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad". De ahí que advierta sobre la necesidad de una interpretación estricta de las modulaciones que quepa apreciar en el ámbito de estas relaciones, por cuanto "no se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación –nunca supresión– a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción"[233].

Con ello el Tribunal Constitucional reconoce el alcance impreciso de la teoría de las relaciones especiales de sujeción, la necesidad de abordar crítica y restrictivamente su aplicación y de graduar, en cualquier caso, la relativización de la reserva de ley en su ámbito conforme a una escala de intensidad variable que, en función de cada relación concreta, admitirá matizaciones, pero nunca excepciones al principio de reserva de ley en materia sancionadora administrativa "por el simple y cómodo expediente de calificar anticipadamente esa materia como «materia administrativa»"[234].

Se trata, en cualquier caso, de una opción que tampoco ofrece una resolución pacífica a todas las cuestiones abiertas al respecto en el ámbito sancionador[235]. Sirvan así como muestra y síntesis final los interrogantes planteados al respecto por Suay Rincón: ¿hasta dónde puede llegarse con las relaciones especiales de sujeción?, ¿cuáles son los límites de la relajación?, ¿afecta sólo al principio de reserva de ley o afecta también al principio de tipicidad?, ¿es aplicable sólo a las infracciones o cabe extenderlo asimismo al ámbito de las sanciones?, ¿podría llegar hasta el extremo de justificar una ausencia total y absoluta de ley?[236]

233 FJ 8. Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 36, habla, en este sentido, de aceptar las restricciones a la exigencia de reserva de ley "en dosis tasadas y medidas".

234 G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en bancos, cajas de ahorro y otras entidades", op. cit., p. 2.570, ya que en caso contrario, p. 2.582, el aspecto puramente formal del principio de legalidad "ciertamente se habrá respetado, pero no menos cierto será que su funcionalidad misma quedará vaciada de contenido. Se tratará, en suma, de mantener el principio por el principio". En idéntico sentido sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo, G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 147.

235 No ayuda, en este sentido, la reducción "peligrosamente simplista" del concepto de relación especial de sujeción que opera el artículo 127.3 de la LRJAP y PAC al supuesto único del ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración Pública y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual. Vid. al respecto Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 36 y ss.

236 J. SUAY RINCÓN, J., "Alcance del principio de legalidad en materia sancionadora y su eficacia en el ámbito del crédito", *RDBB*, núm. 34, abril-junio 1989, p. 408. J. Mª. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales*

c') La tipificación de infracciones y sanciones por Ordenanzas locales.

La última de las modulaciones admitidas por el Tribunal Constitucional en relación con la exigencia de reserva de ley en el ámbito sancionador administrativo remite a la posible regulación por Ordenanza municipal de infracciones y sanciones sin la cobertura legal exigida, a estos efectos, a otras normas sancionadoras reglamentarias de origen estatal o autonómico. Se trata de una "cuestión tradicional" en nuestro ordenamiento jurídico sancionador tras la aprobación de la Constitución de 1978[237], más aún a resultas de la genérica atribución al municipio de las potestades reglamentaria y sancionadora que efectúa el artículo 4.1, apartados a) y f), de la LBRL[238].

El problema se plantea "con toda su crudeza" en aquellos supuestos en que la Ordenanza local, haciendo uso de las potestades referidas, aborda sin más la concreción del régimen sancionador aplicable a un determinado ámbito material de intervención municipal sin que una ley estatal o autonómica previa haya procedido a realizar tipificación alguna de infracción o sanción. La "situación delicada" en que podrían quedar, en estos casos, los intereses públicos que corresponde proteger a las entidades locales si se negara cobertura legal suficiente a la norma sancionadora local ha agravado, en última instancia, la "continua polémica doctrinal y jurisprudencial" sustanciada al respecto[239].

de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978, op. cit., p. 129, reivindica, en este sentido, el abandono por la jurisprudencia constitucional de la distinción entre relaciones generales y especiales a la luz de los graves interrogantes que plantea tras la aprobación de la Constitución de 1978.

237 A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 323, la califica de "bomba de relojería" que previsiblemente "habría de estallar en la jurisprudencia" tras el inicio de la etapa constitucional, situando su punto de eclosión en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1993 (Ar. 3815), que anula varias Ordenanzas municipales del Ayuntamiento de Barcelona por carecer de cobertura legal para establecer el régimen sancionador que contienen. Vid., asimismo, con mayor profundidad, A. EMBID IRUJO, *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2010, *in toto*.

238 Así lo subrayan, en particular, P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., p. 129. Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria local en el marco constitucional, vid., por todos, A. EMBID IRUJO, *Ordenanzas y Reglamentos municipales en el Derecho español*, IEAL, Madrid, 1978; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "La potestad reglamentaria de las corporaciones locales", en S. MARTÍNEZ-VARES GARCÍA (Dir.), *Administración local*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 203 y ss.; L. PAREJO ALFONSO, *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998; y, del mismo autor, "La potestad normativa local", en V. MERINO ESTRADA (Coord.), *La potestad normativa local: autoorganización, servicios públicos, tributos, sanciones y relaciones sociales*, CEMCI, Granada, 2008, pp. 17 y ss.; E. SÁNCHEZ GOYANES, *La potestad normativa del municipio en España. Ordenanzas, Reglamentos, Planes urbanísticos, normas*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2000; J. L. BLASCO DÍAZ, *Ordenanza municipal y Ley*, Marcial Pons, Madrid, 2001; y, A. GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001.

239 Los entrecomillados son de F. SANZ GANDÁSEGUI, "El ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración local", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo I, pp. 659 y ss.

Una controversia dificultada, además, por la propia complejidad del régimen jurídico aplicable en la materia, que no se encuentra en "un solo texto de fácil acceso", sino que exige su construcción "a la manera de un mosaico"[240], por cuanto exige atraer piezas no sólo de las leyes sectoriales, tanto estatales como autonómicas, que se refieren a la potestad sancionadora local en ámbitos materiales concretos, sino también de la legislación aplicable en materia local, ya sea básica estatal o autonómica de desarrollo, y, en particular, del tándem normativo LRJAP y PAC y Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante REPEPOS).

Las posturas mantenidas al respecto no pueden ser, en cualquier caso, más divergentes. De un lado, quienes sostienen, así, en particular, NIETO, que cabe apreciar una cobertura legal genérica para que los municipios puedan establecer y tipificar detalladamente infracciones y sanciones en aquellos ámbitos materiales de su competencia al amparo de su autonomía constitucionalmente garantizada, de su indudable sustrato democrático y, en particular, de los artículos 4.1 f) y 21.1 n) de la LBRL, por los que se reconoce, respectivamente, potestad sancionadora al municipio y competencia al Alcalde para sancionar la infracción de las Ordenanzas municipales, y, sobre todo, de las cuantías y límites máximos a las multas por infracción de Ordenanzas establecidos por el artículo 59 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante, TRRL), desplazado y actualizado hoy día por la Disposición Adicional Única de la Ley 11/1999, de 21 de abril, por la que se modifica la LBRL y de medidas para el desarrollo del gobierno local en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas[241].

De otro lado están, en cambio, quienes entienden, así, en concreto, GARCÍA DE ENTERRÍA, que se debe reclamar el máximo rigor en el cumplimiento de las exigencias constitucionales que derivan del principio de legalidad recogido en el artículo 25.1 de nuestra Carta Magna, en cuanto derecho fundamental absolutamente irrenunciable para los ciudadanos, por lo que extienden la reserva de ley al ámbito sancionador local en los términos habitualmente empleados para su interpreta-

240 Así lo ha subrayado, en particular, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 117.

241 Vid., al respecto, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 320 y ss. Se trata, en cualquier caso, para el autor citado, p. 328, de una "interpretación inspirada en las necesidades sociales de no dejar indefensos a los Ayuntamientos si sus normas no van acompañadas de la amenaza de sanción en caso de incumplimiento, así como en la de no permitir la impunidad de los infractores". Esta postura, compartida en ocasiones por una jurisprudencia del Tribunal Supremo indecisa y vacilante entre ambos extremos, fue respaldada por el Consejo de Estado en su Dictamen 1794/1994, de 23 de febrero de 1995.

ción y delimitación, sin que quepa adoptar teoría alguna de vinculación negativa que admita un ámbito de actuación más amplio en materia sancionadora para la Ordenanza municipal que para la norma reglamentaria estatal o autonómica[242].

En cualquier caso, el tema de la tipificación municipal de conductas sancionables al margen de cualquier remisión legal previa excede, como se comprende, del objeto propio de este estudio, esto es, de la incidencia del principio de legalidad sobre la atribución y el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa por parte de entes de naturaleza tanto institucional como corporativa. Sirva a estos efectos con subrayar cómo la necesidad pragmática de evitar la inseguridad jurídica propia de la indeterminación y las vacilaciones jurisprudenciales tradicionales en la materia[243], así como las consecuencias que derivarían de la aplicación con la máxima firmeza del principio de legalidad en el ámbito sancionador local[244], han terminado por desembocar en el reconocimiento por la doctrina del Tribunal Constitucional de una nueva modulación al amparo de su conocida –y socorrida– teoría de las matizaciones o flexibilizaciones admisibles en el traslado al Derecho Administrativo sancionador de los principios penales y, en particular, del principio de legalidad penal.

Y así, pese al rigor con que sanciona el Tribunal Supremo la "versión ortodoxa" de la reserva legal de tipificación, acogida por el REPEPOS en su Preámbulo a

[242] Con mayor profundidad, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC: el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal", *REDA*, núm. 80, octubre-diciembre 1993, pp. 657 y ss.

[243] No en vano, para A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 330, el "enfrentamiento teórico y jurisprudencial encarnizado" sustanciado a partir de la aprobación del REPEPOS en 1993 se tradujo, finalmente, "en una notoria inseguridad jurídica, habida cuenta de que ni los infractores ni los Ayuntamientos podían conjeturar el resultado de sus conflictos judiciales". G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., pp. 104 y ss., se refiere, asimismo, a las vacilaciones jurisprudenciales en la materia, refiriéndose en este sentido, Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 73, a la "errática" jurisprudencia del Tribunal Supremo.

[244] Sobre la reconsideración propugnada en aquel momento por la doctrina científica del alcance de la reserva de ley en relación con las normas municipales, vid. S. BELLO PAREDES, *Las Ordenanzas locales en el vigente Derecho español. Alcance y articulación con la normativa estatal y autonómica*, INAP, Madrid, 2002; A. EMBID IRUJO, "Ordenanzas y Reglamentos municipales", en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Tratado de Derecho municipal*, Iustel, Madrid, 2010, Tomo I, pp. 717 y ss.; G. GARCÍA ÁLVAREZ, "Sanciones y reserva de ley en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional", *RArAP*, núm. 20, junio 2002, pp. 567 y ss.; C. NAVARRO DEL CACHO, "Consideraciones sobre la constitucionalidad y la legalidad de la potestad reglamentaria de las entidades locales para la regulación de infracciones y sanciones administrativas", *RArAP*, núm. 5, diciembre 1994, pp. 167 y ss.; L. ORTEGA ÁLVAREZ, "La potestad normativa local", *Anuario del Gobierno Local*, 2001, pp. 39 y ss.; C. PAREJA I LOZANO, "Autonomía y potestad normativa de las Corporaciones locales", *RAP*, núm. 138, septiembre-diciembre 1995, pp. 107 y ss.; L. PAREJO ALFONSO, *La potestad normativa local*, op. cit.; E. SÁNCHEZ GOYANES, *La potestad normativa del municipio en España. Ordenanzas, Reglamentos, Planes urbanísticos, normas*, op. cit., pp. 205 y ss.; I. SANZ RUBIALES, "Principio de legalidad y potestad sancionadora en la Administración local", *REALA*, núm. 264, octubre-diciembre 1994, pp. 671 y ss.; y, L. TOLIVAR ALAS, "El ejercicio de la potestad sancionadora por los municipios", *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. extraordinario, 2002, pp. 233 y ss.

modo de "declaración de fe en el dogma"[245], el Tribunal Constitucional abrirá, en última instancia, grietas significativas en su articulación a través de la Sentencia 233/1999, de 13 de diciembre, y, sobre todo, de la capital 132/2001, de 8 de junio[246].

La primera de estas resoluciones versa sobre el alcance de la reserva de ley tributaria en el ámbito local[247]. El Alto Tribunal sanciona, en este sentido, al amparo del carácter representativo del Pleno del Ayuntamiento que aprueba las Ordenanzas municipales y de la garantía constitucional de la autonomía local, el mayor ámbito de colaboración normativa reconocido a los municipios en relación con los tributos locales, frente al admisible, por el contrario, para la normativa reglamentaria estatal o autonómica. La doctrina constitucional sostiene, a estos efectos, la imposibilidad de que "la ley contenga una regulación agotadora de una materia […] donde está claramente presente el interés local", si bien esa concepción flexible de la reserva de ley tributaria en relación con las Ordenanzas fiscales no ampara, en última instancia, la renuncia legal a todo encuadramiento normativo de la potestad tributaria local[248].

[245] Los entrecomillados son de A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 328. El Preámbulo del REPEPOS afirma, a estos efectos, que "por lo que respecta a las Entidades Locales, el Reglamento se aplicará directa o supletoriamente según resulte de las normas estatales, autonómicas o locales dictadas al amparo de las reglas de distribución de competencias expresadas en el bloque de la constitucionalidad. En el ámbito local, las ordenanzas –con una larga tradición histórica en materia sancionadora– son el instrumento adecuado para atender a esta finalidad y para proceder en el marco de sus competencias a una tipificación de infracciones y sanciones; en este sentido, pese a la autorizada línea doctrinal que sostiene que las ordenanzas locales, en tanto que normas dictadas por órganos representativos de la voluntad popular, son el equivalente en el ámbito local de las leyes estatales y autonómicas y tienen fuerza de ley en dicho ámbito, el Reglamento ha considerado necesario mantener el referente básico del principio de legalidad, de modo que las prescripciones sancionadoras de las Ordenanzas completen y adapten las previsiones contenidas en las correspondientes leyes". Dispone, en consecuencia, su artículo 2.2 que "las Entidades que integran la Administración Local, cuando tipifiquen como infracciones hechos y conductas mediante Ordenanzas, y tipifiquen como infracción de Ordenanzas el incumplimiento total o parcial de las obligaciones o prohibiciones establecidas en las mismas, al aplicarlas deberán respetar en todo caso las tipificaciones previstas en la Ley". Para F. SANZ GANDÁSEGUI, "El ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración local", op. cit., p. 670, no cabe duda que el Reglamento de 1993 no aporta "ayuda suficiente para resolver la cuestión", ni es, en cualquier caso, "el instrumento normativo adecuado para hacerlo". Más aun a resultas de la complejidad que introduce la interpretación a la luz de este Preámbulo del segundo párrafo de su Disposición Adicional Única, complejidad subrayada a este respecto por A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 329, para quien resultan textos claramente contradictorios.

[246] Esta última ha sido califica por F. SANZ GANDÁSEGUI, "El ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración local", op. cit., p. 678, de *leading case* en la materia. Sobre la misma, vid. A. EMBID IRUJO, *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, op. cit., pp. 100 y ss.; S. A. BELLO PAREDES, "La reserva de ley en el ámbito sancionador local, ¿estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?", *REAL*, núms. 286-287, mayo-diciembre 2001, pp. 281 y ss.; y, en el mismo volumen, E. ORDUÑA PRADA, "Ordenanza municipal y potestad sancionadora: la sorprendente concisión de la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio", pp. 363 y ss.

[247] Sobre esta Sentencia vid., por todos, T. FONT I LLOVET, "La evolución del Gobierno local en España: de los «nuevos principios» a la «geometría variable»", *Anuario del Gobierno Local*, 1999-2000, pp. 13 y ss.; y, en el mismo volumen, L. POMED SÁNCHEZ, "Dos Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el estatuto de las entidades locales (suspensión autonómica de licencias municipales y haciendas locales)", pp. 281 y ss.

[248] FFJJ 10 c) y 18.

Esta doctrina será recuperada poco después por la Sentencia 132/2001, de 8 de junio, que si bien sostiene que "aporta un primer criterio de flexibilidad a la hora de identificar el alcance de la reserva de ley del artículo 25.1 de la Constitución en relación con las ordenanzas municipales de contenido punitivo", reconoce que "no puede ser proyectado sin más sobre el artículo 25.1". Y es que "mientras la reserva de ley tributaria sirve al fin de la autodisposición en el establecimiento de los deberes tributarios, así como a la preservación de la unidad del ordenamiento y de una básica posición de igualdad de los contribuyentes, la reserva de ley sancionadora garantiza la posición jurídica de cada ciudadano en relación con el poder punitivo del Estado"[249].

Sanciona el Tribunal la flexibilización de la reserva de ley en relación con la tipificación de infracciones y sanciones en materias de indudable interés local, sin olvidar, no obstante, que "no hay correspondencia […] entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza municipal puede o debe ser castigada", de forma que "la flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador"[250].

Y así, el Alto Tribunal identifica el contenido mínimo que debe quedar, en todo caso, al arbitrio del legislador, en cuanto "exigencias mínimas" que derivan directamente de la reserva de ley instaurada por el artículo 25.1 de la Constitución[251]. Por una parte, "la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones", esto es, los criterios "que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la hora

[249] FJ 5. Se reitera con ello lo afirmado al respecto en la Sentencia 194/2000, de 19 de julio, FJ 9.

[250] FJ 6. Entiende T. FONT I LLOVET, "La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoadministración corporativa", op. cit., p. 259, que con ello "se pone bien de manifiesto la fuerza transformadora del concepto de autonomía local «en funcionamiento»".

[251] En cualquier caso, la Sentencia 161/2003, de 15 de septiembre, FJ 3, afirma a este respecto, concretando lo ya apuntado en la anterior Sentencia 133/1999, de 15 de julio, FJ 3, que "en el ámbito administrativo sancionador corresponde a la Administración, según el Derecho vigente, la completa realización del primer proceso de aplicación de la norma (que debe ser reconducible a una con rango de ley que cumpla con las exigencias materiales del artículo 25.1 de la Constitución), lo que implica la completa realización del denominado silogismo de determinación de la consecuencia jurídica: constatación de los hechos, interpretación del supuesto de hecho de la norma, subsunción de los hechos en el supuesto de hecho normativo y determinación de la consecuencia jurídica. El órgano judicial puede controlar posteriormente la corrección de ese proceso realizado por la Administración, pero no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción bajo preceptos legales encontrados por él, y que la Administración no había identificado expresa o tácitamente, con el objeto de mantener la sanción impuesta tras su declaración de conformidad a Derecho. De esta forma, el juez no revisaría la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora sino que, más bien, lo completaría".

de establecer los tipos de infracción"[252]; por otra, la delimitación de "las clases de sanciones que pueden establecer las Ordenanzas municipales", entendido como "una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica"[253]. De esta forma, la flexibilización admitida por el Tribunal Constitucional da entrada a una mayor participación y colaboración municipal en la tipificación de infracciones y sanciones, si bien no permite ni ampara, en definitiva, la existencia de reglamentos municipales independientes en materia sancionadora[254].

Se trata, no obstante, de una solución que, si bien pretende zanjar algunos de los interrogantes más importantes abiertos en el ámbito sancionador municipal, plantea, a su vez, importantes incógnitas, por cuanto "resulta más fácil de definir en el plano teórico que de aplicar en su vertiente práctica". No en vano, resulta todo "cuestión de ponderación y de grado" y, en consecuencia, "sumamente subjetivo y opinable"[255].

El legislador ha procurado concretar la doctrina constitucional en el enunciado de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, por la que se introduce en la LBRL un nuevo Título XI relativo a la "Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias". Integrado por tres preceptos, los artículos 139 a 141 de la LBRL, su enunciado respectivo establece las materias sobre las que podrá versar la tipificación municipal en defecto de normativa sectorial específica[256], los criterios

[252] Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 58 y ss., aborda la compleja tarea de intentar definir qué actuaciones incluye la expresión "criterios mínimos de antijuridicidad" y cuáles le son incompatibles, diferenciando, a estos efectos, tres vertientes en la labor del legislador al respecto: el deslinde del espacio de lo lícito e ilícito, la determinación de los elementos esenciales en la configuración de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, y, en última instancia, el establecimiento de los criterios para orientar la posterior normativa reglamentaria.

[253] FJ 6. Esta doctrina ha sido posteriormente sistematizada y sintetizada por el Tribunal Supremo, con profusión de citas a la jurisprudencia constitucional, en su Sentencia de 23 de junio de 2003 (Ar. 6871).

[254] Así se recoge expresamente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2004, de 23 de febrero, FJ 5. Para F. SANZ GANDÁSEGUI, "El ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración local", op. cit., p. 680, se trata, en cualquier caso, de una opción que, "como toda solución jurídica para un problema social complejo", está "llena de matices y equilibrios".

[255] Así lo denuncia, en particular, Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 61. En cualquier caso, si las citadas Sentencias del Tribunal Constitucional dan un paso importante al admitir la modulación de la reserva de ley en el ámbito sancionador local, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003 (Ar. 6487), da un paso más al respecto con la recepción de la doctrina de la vinculación negativa de la Ordenanza al principio de legalidad sancionadora. Vid., sobre esta última Sentencia, F. TOSCANO GIL, "La recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de la vinculación negativa de la Ordenanza local al principio de legalidad sancionadora", *RAAP*, núm. 54, abril-junio 2004, pp. 163 y ss.

[256] Concretamente, "para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos".

para la clasificación de las infracciones a las Ordenanzas locales en leves, graves y muy graves, y, en fin, los límites de las sanciones económicas a imponer en estos casos[257].

Independientemente de la calidad técnica del texto, sumamente criticado por la doctrina en su redacción, lo cierto es que tiene el mérito de dar paso a una cierta "normalización" de la potestad sancionadora municipal, que conjura así los fantasmas de su posible ejercicio en contra de postulados esenciales y derechos fundamentales consagrados por la Constitución[258].

A ello alude la propia exposición de motivos de la Ley 57/2003, cuando afirma que "el nuevo Título XI de la LRBRL viene a tratar otro aspecto ineludible del régimen jurídico de las entidades locales, al regular la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias. En efecto, no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentren apoyatura en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio. Esta regulación se completa con la necesaria modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la

[257] Sobre la reforma introducida a este respecto por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, vid. J. M. ALEGRE ÁVILA, "Potestad sancionadora y entes locales: el principio de legalidad sancionadora", *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 71, 2004, pp. 28 y ss.; en el mismo volumen, J. HERNÁNDEZ LÓPEZ, "Sobre la nueva potestad sancionadora municipal a la luz de la Ley 57/2003", *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 71, 2004, pp. 37 y ss.; I. LASAGABASTER HERRARTE, "La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local", *RVAP*, núm. 68, enero-abril 2004, pp. 155 y ss.; E. ORDUÑA PRADA, "Potestad normativa y potestad sancionadora. La tipificación de infracciones y sanciones en las normas locales", en V. MERINO ESTRADA (Coord.), *La potestad normativa local: autoorganización, servicios públicos, tributos, sanciones y relaciones sociales,* CEMCI, Granada, 2008, pp. 191 y ss.; Mª. T. CARBALLEIRA RIVERA, "Entes locales, potestad sancionadora", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 434 y ss.; y, de esta misma autora y con mayor profundidad, "Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes locales", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 235 y ss.

[258] Para A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 344, la "pésima redacción" del texto legal de 2003 no priva a la reforma de su principal mérito, que no es otro que el de librar a las Ordenanzas locales "del pecado original de su inconstitucionalidad". En esta misma línea, E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e irretroactividad", op. cit., p. 78, da el problema de las Ordenanzas locales por "superado". Más crítica se muestra Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 84 y ss., para quien la reforma merece "una doble censura jurídica" por su abuso de conceptos jurídicos indeterminados y su deliberada amplitud e inconcreción en la fijación de aquellos contenidos mínimos exigidos por el Tribunal Constitucional a efectos de preservar el principio de legalidad en la materia.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

No en vano, el problema de la regulación y el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito local no puede reducirse a una mera cuestión de jerarquización de principios, autonomía local *vs.* principio de legalidad, sino que hace preciso dar una respuesta que, respetando siempre, en última instancia, los derechos fundamentales garantizados por el constituyente de 1978, permita conciliar los diversos intereses en juego, las razones pragmáticas que aconsejan el reconocimiento de esta posibilidad de tipificación municipal y las distintas interpretaciones surgidas al socaire de las vacilaciones jurisprudenciales en la materia[259].

En este sentido, y en la medida en que cabe entender que la reforma de 2003 incluye una descripción básica por parte del legislador de las conductas infractoras a sancionar por los municipios, se puede afirmar que la reforma de la LBRL a instancias de la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia ha zanjado la cuestión de la polémica constitucionalidad de las Ordenanzas municipales sancionadoras en ausencia de ley previa, sancionando la matización, modulación o flexibilización, que no la renuncia, del principio de legalidad en este ámbito[260].

3. Conclusión.

La traslación de las garantías y de los principios propios del Derecho Penal al ámbito del Derecho Administrativo sancionador ha sido respaldada en incontables ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha introducido, no obstante, múltiples modulaciones y flexibilizaciones en su adaptación al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Administraciones Públicas. El resultado de tales matizaciones se traduce, en última instancia, en la aplicación un tanto desvaída de los principios penales y, en particular, del principio de legalidad penal al ámbito sancionador administrativo.

[259] En idéntico sentido, Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 67; y, F. SANZ GANDÁSEGUI, "El ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración local", op. cit., p. 677.

[260] En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 177, para quienes "si así se entendiera y aplicara, la nueva regulación podría aceptarse sin graves escrúpulos". F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, "Sujetos con potestad sancionadora", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, p. 1.060, recuerda, en cualquier caso, que se trata de una "norma inicial", que sólo abarca determinadas materias y "peca de excesivamente genérica e insuficiente".

Al alto intérprete constitucional, consciente de las graves consecuencias que podrían haberse desencadenado tras la aprobación de la Constitución a raíz de un traslado estricto de los principios penales al ámbito concreto de las infracciones y sanciones administrativas, le ha faltado, quizá, decisión para construir una doctrina clara al respecto, integrada por criterios concretos y adecuados, que garantizaran una mayor seguridad jurídica frente a la situación vigente, marcada por una doctrina deliberadamente vaga, sumamente imprecisa, susceptible de interpretaciones y concreciones diversas en función de la compleja casuística sometida a la decisión del Tribunal Constitucional[261].

Sus Sentencias sancionan, en cualquier caso, la extensión de la vertiente formal del principio de legalidad penal al Derecho administrativo sancionador, proclamando con ello la vigencia en este ámbito de la reserva de ley, si bien con perfiles propios y característicos. En efecto, la reserva de ley para la tipificación de infracciones y sanciones administrativas se entiende de ley ordinaria y no de ley orgánica, dándose cabida, a estos efectos, a las normas del ejecutivo con rango de ley en la determinación del régimen sancionador aplicable a un sector material concreto de intervención administrativa, y admitiéndose, además, la colaboración reglamentaria en la determinación, desarrollo y concreción de la regulación administrativa sancionadora.

Con ello se dice todo y nada, pues la definición exacta del alcance de esta cooperación se encuentra en cada caso en manos del intérprete y resulta, en muchas ocasiones, una cuestión subjetiva difícilmente determinable *a priori*[262]. Está claro que quedan excluidos los extremos, ni regulación legal detallada con exclusión de la colaboración reglamentaria, ni tipificación reglamentaria *ex novo* al margen de cualquier pronunciamiento previo del legislador, quedando en manos del legislador la regulación de aquellos elementos esenciales que garanticen una vigencia efectiva de la garantía que implica la reserva de ley, a modo de "contenido esencial" del régimen sancionador correspondiente[263].

[261] I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 126, echa de menos, en este sentido, "una doctrina más matizada mediante la aplicación de criterios que, al igual que en otros sectores, permitan modular en determinadas situaciones los criterios generales sobre reserva de ley, cuando además esta visión heterogénea se hace en el Derecho sancionador especialmente necesario dada la variedad de situaciones que concurren en esta materia".

[262] En idéntico sentido, calificando de "evidente problema" que la "determinación de la validez de las previsiones reglamentarias quede en la mano del intérprete", J. F. MESTRE DELGADO, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", op. cit., p. 2.511.

[263] Ha sido claro el Tribunal Constitucional al recordar, a este respecto, que "no es función de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración sin fundamento legal expreso o razonablemente deducible, mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados probados por la Administración". Así lo sanciona, entre otras, en sus Sentencias 133/1999, de 15 de julio, FJ 3; 161/2003, de 15 de septiembre, FJ 3; y, 193/2003, de 27 de octubre, FJ 2.

Y, sin embargo, poco más cabe concretar. La flexibilización de la garantía formal de la reserva de ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en atención a las circunstancias particulares sometidas a su consideración supone que la garantía tenga, en última instancia, un alcance y una intensidad diversa en función del ámbito material concreto donde se proyecte, dificultando aún más su comprensión, interpretación y correcta aplicación al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, circunstancia especialmente cierta y agravada, como se verá *infra*, en el ámbito de las sanciones impuestas por entes institucionales y corporativos[264].

De ahí la paradoja denunciada al respecto por Pemán Gavín, por cuanto durante años "bajo una apariencia de estricta exigencia del contenido de la ley, la jurisprudencia y un sector de la doctrina, como consecuencia de la ausencia de criterios claros, han terminado permitiendo la existencia de una realidad normativa que no siempre resulta satisfactoria"[265]. En idéntico sentido se pronuncia Huergo Lora, al denunciar la tendencia del Tribunal Constitucional a equiparar en muchas de sus Sentencias la reserva de ley en materia sancionadora administrativa a la mera cobertura legal, cuando debería estar, sin embargo, más próxima al principio de legalidad penal por su propio fundamento, defendiendo, a este fin, que "la imposición de sanciones ha de ser un acto de aplicación de la ley, no una actuación simplemente basada o apoyada en la ley"[266].

Sirva, en cualquier caso, como síntesis de la insatisfacción doctrinal con la prolija y vacilante jurisprudencia constitucional sobre la vigencia y el alcance de la vertiente formal del principio de legalidad en el Derecho Administrativo sancionador, la acerada crítica vertida al respecto por Hernández González, quien afirma –en un texto que, pese a su extensión, se transcribe a continuación–, que:

> "El resultado [de esta doctrina] es un principio de reserva de ley sancionadora construido con materiales muy frágiles, sometidos a constantes movimientos sísmicos por parte de una jurisprudencia que resulta enormemente confusa y, en múltiples ocasiones, contradictoria, lo que contribuye muy poco a garantizar la seguridad jurídica, que tanto invoca el propio Tribunal Constitucional. El objetivo es dotar a esta categoría de la elasticidad necesaria para adaptarse a las diferentes realidades normativas, para lo cual se transforma en una figura poliédrica, aun a riesgo de consumar su desnaturaliza-

[264] F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 175.

[265] I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 191.

[266] A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, op. cit., pp. 364 y ss.

ción. Sin embargo, una flexibilidad excesiva del principio de reserva de ley en materia sancionadora no sólo carece de amparo constitucional, sino que adultera significativamente el mandato del artículo 25.1 de la Constitución, al transformar la garantía formal del principio de legalidad sancionadora en mera cobertura legal; confundiendo el principio de reserva de ley con el más amplio principio de legalidad de la actuación administrativa"[267].

Y así, la articulación por la doctrina del Tribunal Constitucional de un variado elenco de excepciones, matizaciones y singularidades que contribuyen a atenuar, cuando no a rebajar de manera decidida el alcance del principio de legalidad en su vertiente formal en ámbitos materiales concretos del Derecho Administrativo sancionador en función de las circunstancias concretas que concurran en cada caso[268], implica, en última instancia, una merma indiscutible en el rigor con el que se propugna la aplicación de la citada vertiente y de la consiguiente reserva legal a las infracciones y sanciones administrativas respecto de las penales[269]. Será ésta la principal diferencia en cuanto a la aplicación del principio de legalidad a los dos ámbitos en que se subdivide el *ius puniendi* estatal, esto es, el administrativo y el penal, por cuanto la vertiente material del principio, relativa, en concreto, a las exigencias constitucionales en materia de tipicidad, resultará exigible en ambos, en principio, como se verá *infra*, con idéntico rigor[270].

[267] F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 198. Asimismo, sobre "el dogma y la realidad" del principio de la legalidad administrativa sancionadora y la rebaja del principio de legalidad en el ámbito sancionador hasta equipararlo al principio de legalidad general de la actividad administrativa, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 204 y ss.

[268] Vid., en este sentido, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2009, de 4 de mayo, FJ 5, en la que se acepta la "relativización" de la reserva o garantía formal del artículo 25.1 de la Constitución sobre la base de la complejidad de la materia correspondiente, en particular, las instalaciones nucleares, y su comentario a cargo de M. PULIDO QUECEDO, "*Lex certa*, sanciones administrativas y remisiones legales (a propósito de la Ley de Energía Nuclear)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio de 2009, pp. 97 y ss.

[269] Como muestra, a estos efectos, la postura de F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 110, que propugna graduar la exigencia de ley para prever infracciones administrativas "según los criterios de la gravedad de la infracción y la relación que la sanción tenga con el ejercicio de un derecho fundamental". También I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 112, habla de la necesidad de "conjugar criterios sobre lo que es o no esencial" en la descripción de infracción y sanción, tomando en consideración la existencia, en ocasiones, de ciertas "situaciones especiales" en las que se matiza o inaplica la reserva de ley.

[270] En este sentido, G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 86. Para M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., pp. 101 y ss., no cabe duda que es "casi un tópico" afirmar que el principio de legalidad es mucho más estricto en el ámbito penal que en el Derecho Administrativo sancionador, existiendo razones tanto teóricas como prácticas y constitucionales para sostener "iguales posiciones en relación con uno y otro ámbito".

B) LA GARANTÍA MATERIAL EN EL ÁMBITO SANCIONADOR: EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD COMO EXIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El traslado al Derecho Administrativo sancionador del principio de legalidad penal, "uno de los básicos del Estado de Derecho", conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1993, de 12 de marzo[271], se realiza en su vertiente tanto formal como material, sancionándose la vigencia en el ámbito administrativo no sólo de una reserva de ley atemperada y modulada para la definición de infracciones y sanciones administrativas, conforme a lo expuesto *supra*, sino también de un principio de tipicidad a resultas del cual la citada definición deberá realizarse con las adecuadas garantías de taxatividad, certeza y seguridad, a fin de que los ciudadanos puedan conocer de antemano qué conductas son objeto de un desvalor administrativo y consideradas, por tanto, infracción en este ámbito, así como la sanción particular anudada a tal comportamiento infractor[272].

Así lo avala el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en su Sentencia 116/1993, de 29 de marzo, cuando afirma que "el principio de legalidad no somete al ordenamiento sancionador administrativo sólo a una reserva de ley, sino que conlleva igualmente una garantía de orden material y de alcance absoluto que se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa"[273]. Se trata, en definitiva, y como anticipa ya el Tribunal en su famosa y reiteradamente citada Sentencia 42/1987, de 7 de abril, de una garantía que "refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en [los] ámbitos limitativos de la libertad individual", tanto el propiamente penal como el sancionador administrativo[274].

[271] FJ 1.

[272] Enlaza, en fin, con los requerimientos penales de *lex praevia* y *lex certa*, aplicables también al régimen administrativo sancionador como declara, entre otras muchas, la Sentencia 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7. Para M. CUETO PÉREZ, "Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, p. 97, se trata, en fin, de un principio que tiene un claro anclaje constitucional no sólo en el artículo 25 sino también en el artículo 1.1, que propugna el principio de libertad, y 9.3, que establece la garantía del principio de seguridad jurídica.

[273] FJ 3.

[274] FJ 2. Insiste en esta idea, entre otras, la Sentencia 184/1995, de 12 de diciembre, que en su FJ 3 sostiene que es inherente al principio constitucional de legalidad "la tipificación mediante la descripción estereotipada de conductas punibles o sancionables hecha con el suficiente grado de precisión, inteligibilidad y certeza, en aras no sólo de la justicia sino también de la seguridad jurídica".

No en vano, el artículo 25.1 de nuestra Carta Magna constitucionaliza el conocido principio de *lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa*, como se encarga de subrayar el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 133/1987, de 21 de julio, al hacer hincapié en que "el principio de legalidad en el ámbito del Derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)"[275].

Ahora bien, la distinción entre ambas vertientes o garantías del principio de legalidad resulta, en muchas ocasiones, una tarea compleja y meramente convencional, por cuanto se entremezclan continuamente en su aplicación consideraciones de uno y otro tipo, material y formal, que dificultan el adecuado deslinde entre ambas facetas. De ahí que el estudio de las implicaciones materiales del principio de legalidad deba partir y se vea necesariamente matizado por aspectos ya tomados en consideración *supra* al analizar su vertiente formal. En cualquier caso, la distinción se ha reputado útil para el estudio del alcance y de las consecuencias derivadas del principio consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, recogiendo la doctrina científica el testigo de una diferenciación habitual y consolidada a estas alturas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[276].

Y así, la garantía formal o reserva de ley remite, de un lado, al rango normativo o formal necesario para la tipificación de infracciones y sanciones administrativas, abocando al estudio pormenorizado y a la delimitación de la función y el alcance que corresponden en materia sancionadora administrativa al binomio normativo ley-reglamento. La garantía material o principio de tipicidad atiende, en cambio, a la aplicación concreta de esas normas sancionadoras, afectando a la articulación de su contenido e imponiendo la descripción normativa pormenorizada de las conductas infractoras y sus correspondientes consecuencias sancionadoras a fin de facilitar, en última instancia, la tarea posterior de subsunción por parte de la Administración sancionadora de un determinado comportamiento infractor en el régimen jurídico sancionador aplicable al sector de que se trate[277]. En este

[275] FJ 4.

[276] En este sentido, sobre el convencionalismo del tratamiento autónomo de cada una de las garantías que comporta el principio de legalidad, P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., p. 140, y, en especial, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 217, para quien "reserva legal y mandato de tipicidad son cuestiones inescindibles", por lo que pese a ser correcta y "muy útil para el análisis", la distinción de vertientes formal y material en el principio de legalidad se caracteriza, en última instancia, por "su extremada sutileza", haciéndola "con harta frecuencia quebradiza", lo que motiva que la jurisprudencia resbale "de uno a otro campo sin demasiada precisión". En idéntico sentido, Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 87.

[277] En idéntico sentido, F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 115 y ss. También J. GARBERÍ LLOBREGAT y

sentido, GALLARDO CASTILLO se remite significativamente a los términos *continente* y *contenido* para referirse, respectivamente, a la reserva de ley y a la tipicidad que se insertan y conforman, en última instancia, el principio constitucional de legalidad[278].

La vertiente material del principio en materia administrativa sancionadora enlaza así con uno de los principios penales más importantes, el de tipicidad o mandato de tipificación, de interpretación en ocasiones contradictoria, no obstante, en cuanto a su alcance y aplicación concreta[279]. No en vano, el principio de legalidad, y por ende el de tipicidad, reviste particularidades propias en el ámbito administrativo, por cuanto a la consideración del Derecho administrativo sancionador como manifestación del *ius puniendi* estatal, debe unirse, en cualquier caso, su sujeción a las limitaciones, cortapisas y garantías propias de su configuración como potestad administrativa *stricto sensu*[280].

En cualquier caso, el principio de tipicidad aparece enunciado en el artículo 129 de la LRJAP y PAC, si bien se entrecruzan en su formulación consideraciones propiamente formales con otras de naturaleza material. Y así, dispone el artículo citado:

> «1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
> 2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley.
> 3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más

G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo I, p. 95, para quienes el principio de tipicidad viene a ser, en realidad, "un modo especial de realización" del más amplio de legalidad.

[278] Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 88.

[279] Así, J. SUAY RINCÓN, "Las sanciones administrativas", pp. 204 y ss., quien entra a analizar las contradicciones "permanentes" en la aplicación cotidiana de este principio, cuyo "valor esencial ha sido defendido desde siempre".

[280] Así lo subraya I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 278, que recuerda, en tal sentido, que para que una acción u omisión contraria al ordenamiento resulte sancionable, no sólo "debe reunir los elementos descriptivos y normativos del tipo de la infracción", sino que "debe sujetarse a los demás requisitos que definan en cada caso la potestad sancionadora, y en todo caso a los principios generales que configuran el marco de actuación de toda potestad administrativa".

correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.
4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica».

La lectura del precepto no deja lugar a dudas, por cuanto declara la vigencia en el ámbito sancionador administrativo del principio de tipicidad, entendido como la exigencia de definición taxativa y cierta no sólo de las infracciones administrativas, sino también de las sanciones que habrían de corresponder a cada una de ellas, debiendo el legislador fijar la naturaleza y límites de ambas, si bien tomando en consideración que son susceptibles de desarrollo y concreción por norma reglamentaria en los términos ya analizados en páginas precedentes, sin que sean, en cualquier caso, susceptibles de aplicación analógica o interpretación extensiva como se verá *infra*. Así entendido, el principio de tipicidad encuentra su fundamento último en los de libertad y seguridad jurídica (artículos 1.1 y 9.3 de la Constitución, respectivamente)[281].

Resulta más explícito el Tribunal Constitucional en su enunciado e interpretación de las exigencias inherentes al principio de tipicidad. La Sentencia 100/2003, de 2 de junio, sintetiza su doctrina al respecto y afirma, con abundante referencia a jurisprudencia anterior, que "supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de *lex certa*, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 23/2001, de 4 de junio, FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las Sentencias del Tribunal Constitucional 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11, y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever,

[281] No en vano, conforme al primero de los principios citados, el ciudadano puede realizar todas aquellas conductas que las leyes no hayan delimitado expresamente como sancionables, exigiendo el segundo ellos que la descripción de estas últimas, esto es, de las conductas objeto de sanción, permita a los ciudadanos conocer y predecir de antemano, con suficiente grado de certeza, las consecuencias de sus actos. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia 101/1988, de 8 de junio, FJ 3. En idéntico sentido, P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., pp. 139 y ss. Asimismo, sobre el significado y las consecuencias del principio de seguridad jurídica en el ámbito sancionador administrativo a la luz de la jurisprudencia constitucional, vid., con mayor profundidad, Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 88 y ss., y la doctrina allí citada.

así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, Sentencias del Tribunal Constitucional 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5)"[282].

De esta forma, el artículo 25.1 de la Constitución establece, en los términos empleados por la Sentencia 136/1989, de 19 de julio, "una garantía de orden material y alcance absoluto que se traduce en la ineludible exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, lo que significa que una sanción sólo podrá imponerse en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión y con observancia de los límites previstos por dichas normas"[283].

Se pone así de relieve la íntima e inescindible relación entre antijuridicidad y tipicidad. No en vano, aquel principio remite al "primer momento axiológico valorativo" del sistema administrativo sancionador, por cuanto ante un hecho, un comportamiento o conducta concreta, cabe una primera valoración objetiva para determinar su posible adecuación al ordenamiento jurídico o su inclusión, por el contrario, en los hechos tipificados y calificados normativamente como contrarios al mismo[284].

La vertiente material del principio de legalidad contiene, en consecuencia, un doble mandato de tipificación, dirigido, respectivamente, al legislador y al operador jurídico, esto es, al órgano sancionador competente y, en menor medida, a los Tribunales encargados de verificar la legalidad de la sanción impuesta. Al prime-

[282] FJ 3. En idéntico sentido, entre otras, las Sentencias 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3, y 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2.

[283] FJ 3. Doctrina reiterada, entre otras, por las Sentencias 301/2005, de 21 de noviembre, FJ 3, y 129/2006, de 24 de abril, FJ 4.

[284] Vid. A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, op. cit., pp. 270 y ss. Asimismo, sobre el juicio de antijuridicidad en el Derecho sancionador, I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., pp. 243 y ss.; y, M. REBOLLO PUIG, "Antijuridicidad", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 119 y ss.

ro en cuanto le corresponde definir con la mayor precisión aquellos extremos y contenidos esenciales de la norma sancionadora a efectos de entender cumplida la garantía que incorpora, en este sentido, el artículo 25.1 de la Constitución[285]. Al segundo en la medida en que debe "extremar la prudencia" para no expandir el régimen sancionador administrativo más allá de su alcance y contornos propios, obviando, a estos efectos, interpretaciones extensivas o analógicas de aquellas infracciones y sanciones previamente tipificadas por el legislador[286].

1. Mandato al legislador: descripción exhaustiva y taxativa de la infracción y sanción administrativas en sede legal.

El principio de tipicidad, esto es, la garantía material del principio de legalidad consagrado por el artículo 25.1 de la Constitución, supone, en primer lugar, un mandato dirigido al legislador para que aborde en sede legal la descripción exhaustiva y taxativa de aquellos comportamientos que deban estimarse prohibidos, acciones u omisiones que, en consecuencia, pasan a ser tildadas y configuradas como infracción, así como de las consecuencias que lleven, en su caso, anudadas, es decir, las sanciones que habrán de corresponder a su comisión. Se trata, en principio, de una garantía calificada enfáticamente por el Tribunal Constitucional de "absoluta" en el ámbito sancionador administrativo, y, sin embargo, pese a ser más estricto con esta vertiente material que con la formal del principio de legalidad[287], lo cierto es que en la propia jurisprudencia constitucional se recogen y aceptan, como se verá *infra*, modulaciones y flexibilizaciones que contribuyen a atenuar en el ámbito administrativo el rigor inicial de las exigencias derivadas del traslado a su seno del principio penal de tipicidad[288].

Y así, conviene diferenciar, a efectos del estudio de las implicaciones derivadas de este principio para la potestad sancionadora administrativa, entre los dos ámbitos fundamentales a que se refiere su aplicación. De un lado, el principio de tipicidad en relación con la delimitación y definición de las infracciones administrativas; de otro, su aplicación a la determinación y graduación de las sanciones que habrán de corresponder a aquéllas.

a) Principio de tipicidad y determinación de la infracción administrativa.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la definición de las conductas infractoras, el mandato de tipificación supone la exigencia de rigor, certeza y concreción en la determinación de las infracciones administrativas y, en particular, en la descripción de los elementos básicos del tipo, que debe ser, evidentemente, lo más clara e inteligible posible en sus términos, a efectos de garantizar su adecuada comprensión y la suficiencia de la tipificación de la infracción[289].

---

285 Se entremezclan aquí, inevitablemente, consideraciones de tipo material y formal. Así, J. F. MESTRE DELGADO, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", op. cit., pp. 2.511 y ss., en un intento por fijar el alcance de las determinaciones que, en materia sancionadora, debe contener la norma legal para cumplir tanto con la reserva de ley sancionadora como con el principio de tipicidad que incorpora el artículo 25.1 de la Constitución sostiene, en un pasaje que pese a su extensión se transcribe a continuación por su indudable repercusión e interés a estos efectos:

> «El principio de legalidad exige que se contenga en la norma con rango de ley la determinación de los elementos del tipo, o la fijación de aquellas circunstancias que producen el desvalor que la norma pretende reprimir mediante la técnica sancionadora, con la amplitud y pormenor precisos para poder referir a tal norma las conductas enjuiciadas, o las determinaciones contenidas en la norma reglamentaria de desarrollo o ejecución, y contrastar en su caso si las previsiones reglamentarias están claramente subordinadas a la misma, y si, por ello, la operación de subsunción es o no ajustada a las determinaciones legales.
> Por otro lado, es evidente que en la norma legal debe regularse el régimen de las sanciones que se anudan a las infracciones, con las mismas exigencias a que acabo de aludir.
> Además, en la norma legal debe contenerse la ordenación de aquellas circunstancias modificativas y extintivas de la responsabilidad, puesto que de ello depende, igualmente, la recta ultimación de la infracción y sanción; si ello no fuera así, se estaría dando rienda suelta a la Administración para que, por vía negativa, pudiese regular –con independencia de la Ley– las infracciones y sanciones administrativas. En particular, la ley debe prever el régimen de prescripción de las infracciones».

286 P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., p. 139. No en vano concluye, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/1987, de 21 de julio, FJ 4, que la vigencia de la regla *lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa* implica "un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador".

287 No cabe aquí, por ejemplo, la excepción de la garantía material del principio de legalidad sobre la base de la aplicabilidad y vigencia de normas preconstitucionales, posibilidad admitida, en cambio, para obviar las exigencias formales planteadas por la reserva de ley en el ámbito sancionador administrativo. Y así, sostiene el Tribunal Constitucional en su Sentencia 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3, que "tras la entrada en vigor de la Constitución, no resulta admisible imponer sanciones al amparo de normas preconstitucionales que no tipifiquen con el grado de certeza y concreción constitucionalmente exigible las conductas infractoras", doctrina sobre la que vuelven posteriormente las Sentencias 306/1994, de 14 de noviembre, FJ 3, y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 5. F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 174, se refiere, en este sentido, a la "mayor exigencia" mostrada por el Tribunal Constitucional "con el principio de predeterminación normativa que con el principio de reserva de ley". Asimismo, sobre la evolución de la interpretación del principio de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vid. A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, op. cit., pp. 272 y ss., y la doctrina allí citada.

288 Así lo subraya J. GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., p. 83, que achaca este menor rigor a que no se haya planteado "en sus justos términos el debate penalista sobre los elementos imprescindibles en la definición del tipo de injusto".

289 Si bien matiza al respecto el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3, que "el legislador no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo", en cuanto la exigencia de tipicidad del artículo 25.1 de la Constitución no se extiende a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho ilícitos. Se trata, en cualquier caso, de una manifestación del derecho de los ciudadanos a la certidumbre jurídica, entendida, en palabras de J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, "El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro Derecho", en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, Tomo I, p. 101, como "la expectativa razonable que todo ciudadano puede esperar, en un Estado de Derecho, para conocer la regulación aplicable a una conducta determinada".

Se trata, en definitiva, conforme al tenor literal de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 (Ar. 2120), de "poder saber qué dicen las normas y cómo van a ser aplicadas", facilitando dicha previsibilidad "una comprensión razonable de las mismas que la jurisprudencia constitucional ha situado en tres vertientes: a) la semántica; b) la metodológica; c) la axiológica", de forma que "la actividad sancionadora es previsible si respeta el significado posible de las palabras de la norma, si utiliza métodos de interpretación y aplicación acordes con la lógica y que se encuentran aceptados por la comunidad jurídica y si, finalmente, no se separa de la axiología básica constitucional"[290].

Y, sin embargo, pese a declarar el carácter "absoluto" de esta garantía, el Tribunal Constitucional ha amparado, no obstante, ciertas modulaciones respecto a las exigencias enunciadas en aquellos casos en que la infracción no pueda ser determinada exhaustivamente *a priori* por la propia norma legal sancionadora[291].

En efecto, si bien reconoce en su Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, que "es cierto que el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos", afirma, sin embargo, que "ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo interpone conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución, de acuerdo con su artículo 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es la dinámica y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal"[292]. Incide de nuevo sobre esta cuestión, al cabo tan sólo de unos meses, en su Sentencia 50/1983, de 14 de junio, que respalda y acepta la "tipificación necesariamente genérica de las faltas muy graves de probidad", concepto indeterminado que remite, en última

[290] Fundamento de derecho segundo, con cita expresa de las Sentencias del Tribunal Constitucional 170/2002, de 30 de septiembre, y 145/2005, de 6 de junio.

[291] De ahí que, siguiendo a Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 105, no quepa sino reconocer la imposibilidad de fijar reglas generales en este ámbito, debiendo realizarse la ponderación caso por caso, "dando lugar, en consecuencia, a una jurisprudencia casuística, y, por fuerza, contradictoria" sobre la suficiencia de la tipicidad de las concretas normas administrativas sancionadoras.

[292] FJ 7 C).

instancia, a la Administración sancionadora y al Tribunal juzgador "al contenido semántico del término" para su concreción en el caso particular de que se trate[293].

De esta forma, y a través de las matizaciones admitidas en el Derecho Administrativo sancionador respecto al principio de tipicidad, queda rebajado su rigor y nivel de exigencia inicial, sin que ello implique, no obstante, la aceptación de formulaciones abiertas o excesivamente indeterminadas, esto es, de enunciados, en definitiva, tan latos e imprecisos que aboquen a la delimitación, definición y, por tanto, auténtica creación *stricto sensu* de la infracción sancionable por parte de la Administración sancionadora competente[294]. No basta, en fin, con una "formulación genérica" de la infracción, sin que sean suficientes, a estos efectos, "amplias y vagas remisiones abstractas mediante descripciones carentes de toda precisión"[295].

Y así, los requisitos y exigencias derivados del principio de tipicidad excluyen, de entrada, las fórmulas o cláusulas omnicomprensivas, planteando dudas importantes sobre la admisibilidad de las denominadas habitualmente como normas penales en blanco o del empleo de conceptos jurídicos indeterminados en el enunciado legal del comportamiento infractor. Ambos supuestos exigen una "ulterior actividad de complitud de la norma", que resulta insuficiente por sí misma para determinar de forma integral todos los requisitos que debe reunir el comportamiento correspondiente para ser considerado infractor. Pese a que presentan caracteres diversos, aludiendo a supuestos que, en principio, nada tienen que ver, la distinción resulta sumamente útil en el plano teórico y más borrosa, sin embargo, en el práctico, donde la realidad da lugar a supuestos cuya calificación no resulta siempre indubitada por cuanto participan de rasgos a medio camino entre el empleo de la cláusula omnicomprensiva y del concepto jurídico indeterminado[296].

La cláusula omnicomprensiva representa, en realidad, un supuesto de tipificación por remisión. Constituye, en definitiva, una norma sancionadora en blanco, por cuanto no permite conocer de modo inmediato y con exactitud las conductas tipificadas como infracciones en un determinado ámbito, sino que precisa para ello

[293] FJ 2.

[294] J. F. MESTRE DELGADO, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", op. cit., p. 2.525.

[295] Así lo afirma el Tribunal Supremo al sintetizar la doctrina constitucional sobre la traslación del principio de legalidad penal al Derecho Administrativo sancionador en su Sentencia de 10 de noviembre de 1986 (Ar. 6647), fundamento de derecho segundo.

[296] I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 218. Asimismo, sobre el "terreno vidrioso" en que se mueve la problemática planteada por cada uno de estos supuestos, G. GARCÍA ÁLVAREZ, "Sanciones y reserva de ley en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional", op. cit., pp. 562 y ss.

del complemento indispensable de otras normas sustantivas no sancionadoras. Se trata, por tanto, de aquel supuesto, al que nos hemos referido ya *supra*, que es conocido en el ámbito del Derecho penal como norma o ley penal en blanco, "si bien en la legislación administrativa sancionadora se presenta con mucha más frecuencia y en formas más variopintas"[297].

Aún cuando es cierto que plantea numerosos problemas formales desde la perspectiva de la reserva de ley que impone en materia sancionadora el principio de legalidad, por cuanto la remisión legal a la norma sustantiva es, en muchas ocasiones, a una norma de rango reglamentario, no lo es menos que el problema de la tipificación por remisión puede suponer una quiebra importante del principio de tipicidad, planteando incógnitas de difícil resolución en orden a garantizar la debida taxatividad en la definición del comportamiento infractor. Más aún cuando la remisión se realiza en forma de cláusula omnicomprensiva, esto es, reputando genéricamente como infracción el incumplimiento de obligaciones o prohibiciones recogidas en otras normas sustantivas, ya sean de rango legal o reglamentario[298].

Se han tratado *supra* los requerimientos que debe cumplir la norma sancionadora en blanco para que pueda ser considerada compatible con la garantía formal que establece el artículo 25.1 de la Constitución, así como los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional para considerar admisibles este tipo de normas en el ámbito penal. Sin perjuicio de la remisión oportuna a lo allí expuesto, conviene recordar que la doctrina del Alto Tribunal no está suficientemente perfilada en este punto para el ámbito sancionador administrativo[299], si bien ha sido clara al exigir a la ley penal remitente que la remisión sea expresa, esté justificada en razón del bien jurídico protegido y recoja el núcleo o contenido esencial del comportamiento prohibido.

Trasladando estas exigencias al campo concreto de la garantía material del principio de legalidad en relación con el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, no cabe duda que para no plantear inconvenientes desde la perspectiva de la tipicidad la norma sancionadora en blanco ha de remitirse expresamente a otra norma concreta, el bien jurídico protegido ha de justificar, en última instancia, el

[297] G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 115.

[298] Fórmulas caracterizadas, en expresión de Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 98, por describir "de una forma residual, genérica, global e imprecisa el injusto típico".

[299] Hace hincapié sobre ello G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 119, quien destaca la combinación de enfoques formal y material en el examen de constitucionalidad de estas remisiones a normas de naturaleza no sancionadora, advirtiendo "claramente una primacía del aspecto formal sobre el material, no siempre justificada".

recurso a esta remisión y, sobre todo, la norma remitente ha de recoger aquellos aspectos esenciales que permitan reconocer y definir la conducta infractora, esto es, los elementos básicos del tipo.

Cualquier indeterminación en este último sentido habrá de ser considerada contraria al principio de legalidad material. Y así, no resulta suficiente ni adecuada una cláusula omnicomprensiva que declare objeto de sanción cualquier incumplimiento de obligaciones o prohibiciones establecidas genéricamente en otra norma. Conviene recordar que en nuestro ordenamiento jurídico administrativo no rige con carácter absoluto el binomio prohibición-sanción, por lo que no todo incumplimiento de una prohibición o deber legal se erige en infracción acompañada de la correlativa sanción[300]. La norma sancionadora en blanco debe contener, en consecuencia, una cláusula de remisión que aún aludiendo de forma expresa a otra norma y siendo necesariamente incompleta en sí misma, no goce de una indeterminación total[301].

Así lo sanciona el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, al recordar que "es cierto que los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones, deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables", sin que vulnere tal exigencia de *lex certa* "la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes u obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión"[302].

[300] Se trata, en cualquier caso, de un tema que ha dado lugar a opiniones doctrinales discordantes. Frente a autores como A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 315 y ss., que entienden que el recurso a este tipo de cláusulas de remisión genérica es prácticamente inevitable por los caracteres inherentes al ordenamiento sancionador administrativo, otros como E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC: el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal", op. cit., pp. 665 y ss.; y, M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., pp. 559 y ss., hacen hincapié en la ausencia de imperatividad del binomio prohibición-sanción y en las exigencias materiales del principio de legalidad para el ejercicio de la potestad sancionadora.

[301] Pese a las discrepancias doctrinales al respecto, no cabe sino sumarse a las críticas vertidas en este sentido por M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., pp. 130 y ss., que sostiene, en un pasaje revelador y sumamente explícito, que "resulta que el legislador con todos los medios técnicos a su alcance no es capaz de tipificar todas las infracciones y el ciudadano sí que tiene que ser capaz de deducir de la Ley qué es lo que puede hacer y qué no. En definitiva, no puede ser aceptable que los administrados tengan que soportar la inseguridad jurídica derivada de problemas técnicos de tipificación", siendo inadmisible que se obligue "al ciudadano, o al técnico jurista, a escudriñar en la Ley, muchas veces largas, complejas, ambiguas y técnicamente deficientes, en busca de etéreas obligaciones jurídicas".

[302] FJ 5. Conviene tomar en consideración, en cualquier caso, que la Sentencia aludida cae dentro del ámbito de las relaciones de sujeción especial, operando el Tribunal Constitucional una flexibilización notoria, excesiva incluso como se verá *infra*, de las garantías derivadas del artículo 25.1 de la Constitución en relación con las mismas.

Profundiza en ello, por lo demás, en la Sentencia 61/1990, de 29 de marzo, en la que se afirma, respecto al artículo 12 de la Orden de 20 de enero de 1981, que daba cobertura en el caso de autos a la revocación de la licencia de detective, que "dicha norma se limita a establecer una enumeración de posibles sanciones (apercibimiento o suspensión o revocación de la licencia), sin referencia precisa a las conductas, sino a una formulación vaga de lo dispuesto en la Orden, cuyo incumplimiento «podrá ser sancionado, atendida su gravedad o trascendencia». No se puede afirmar, pues, que se cumpla así con la exigencia de una verdadera predeterminación de comportamientos, ni que se realice una conexión entre éstos y las sanciones que se enumeran, con lo que, de hecho, se permitiría al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una debida especificación normativa, independientemente, por lo demás, de la ausencia del rango legal del que la Orden adolece"[303].

Sólo así deben ser entendidas, interpretadas y, en última instancia, aplicadas las referencias expresas del artículo 2 del REPEPOS a este tipo de cláusulas de remisión genérica u omnicomprensiva –destacadas en el texto transcrito a continuación en cursiva–. Dispone el precepto reglamentario citado, relativo a la imposición de sanciones:

> «1. La aplicación de las graduaciones reglamentarias de los cuadros de infracciones y sanciones legalmente establecidas deberá atribuir a la infracción cometida una sanción concreta y adecuada, aun cuando las leyes prevean como infracciones *los incumplimientos totales o parciales de las obligaciones establecidas en ellas*.
> 2. Asimismo, las Entidades que integran la Administración Local, cuando tipifiquen como infracciones hechos y conductas mediante Ordenanzas, y tipifiquen como infracción de Ordenanzas *el incumplimiento total o parcial de las obligaciones o prohibiciones establecidas en las mismas*, al aplicarlas deberán respetar en todo caso las tipificaciones previstas en la ley».

Cualquier otra interpretación, favorable a una remisión genérica absolutamente indeterminada e imprecisa debe reputarse no sólo inconstitucional, por contradicción evidente con los requerimientos mínimos de taxatividad, certeza y exhaustividad que comprende el principio de tipicidad recogido en el artículo 25.1

[303] FJ 9. En este sentido, sobre los preceptos concretos que conteniendo fórmulas omnicomprensivas no han superado el nivel mínimo de tipicidad exigido por los Tribunales, tanto para el Tribunal Constitucional, como para el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, vid., con mayor profundidad, Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 99 y ss.

de la Constitución, sino ilegal por contrariar la definición y exigencias que en materia de tipicidad establece el artículo 129 de la LRJAP y PAC[304].

En este sentido, ha habido voces que, aun reconociendo la deficiente técnica legislativa que implica, han abogado por admitir la posibilidad de emplear cláusulas de remisión inversa, de forma que recaiga sobre la norma remitida la obligación de completar, en última instancia, la indeterminación de la norma remitente advirtiendo explícitamente en su enunciado que el incumplimiento del concreto deber o prohibición legal que establece es causa última de sanción[305].

Tampoco suscitaría reproches de constitucionalidad, por la misma razón, la cita expresa por parte de la norma sancionadora remitente de los artículos concretos de la norma a que se remite en los que se recogen de forma expresa las prohibiciones o deberes cuya contravención se erige en infracción sancionable por la Administración Pública competente[306].

Más pacífica resulta, en cambio, la admisibilidad del recurso al concepto jurídico indeterminado para la tipificación de infracciones administrativas[307]. Se recuerda a este respecto, conforme a lo expuesto *supra* al hilo de las incógnitas planteadas por su utilización desde la perspectiva de la garantía formal del principio de legalidad, que esta técnica nace con la finalidad de encauzar la discrecionalidad de la Administración en aquellos casos en que resulta imposible definir *a priori* de forma taxativa las circunstancias que habrían de pautar la decisión administrativa corres-

[304] Vid. P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., p. 143. Para I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 227, no cabe duda que existe un "motivo indirecto" que obliga, en última instancia, a describir pormenorizadamente o al menos con suficiente grado de detalle las conductas infractoras, en cuanto que "toda norma sancionadora debe asignar, por un medio u otro, una determinada sanción a las acciones tipificadas como infracciones; y si la norma debe atribuir a cada infracción una determinada sanción, resulta imprescindible que dichas conductas se encuentren descritas de forma concreta y expresa, pues tal atribución no puede realizarse en el caso de que únicamente exista una cláusula genérica y omnicomprensiva de las infracciones".

[305] Así, M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., pp. 131 y ss.

[306] Para G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 117, no hay duda que "constituye simplemente una regla de economía en la tipificación". En el mismo sentido, M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 133, para quien no es, sin embargo, la técnica legislativa "más aceptable".

[307] I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., pp. 229 y ss., se refiere, con abundantes citas doctrinales y jurisprudenciales, a las diversas perspectivas sobre esta cuestión y a la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, concluyendo que, a la luz de los conceptos indeterminados estimados por este último conformes al principio de tipicidad, "resulta muy difícil imaginar término o concepto alguno cuya indeterminación pueda ser tachado de inconstitucional".

pondiente en beneficio del interés general[308]. A fin de evitar una libertad desmedida en manos de la Administración competente, se articula la técnica del concepto jurídico indeterminado abocado a su interpretación casuística, en función de las circunstancias vigentes en cada caso, y a la luz de la "unidad de solución justa" que deba ser aplicada al mismo[309].

No en vano, ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 69/1989, de 20 de abril, que "los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable"[310]. El Alto intérprete constitucional exige, en cualquier caso, moderación en su uso al legislador, que deberá recurrir a ellos, conforme a su Sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, tan sólo cuando resulte imprescindible y siempre con extremada prudencia, por cuanto la admisión de su compatibilidad con el mandato constitucional de tipificación del artículo 25.1 de la Constitución "no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos"[311].

b) Mandato de tipificación y atribución de la sanción administrativa.

Por lo que se refiere, en fin, a la determinación y graduación de las sanciones que habrán de corresponder a las conductas infractoras tipificadas por el legislador, no cabe duda que quedan sometidas también a las exigencias de predeterminación

[308] Exige, por tanto, como se ha encargado de subrayar A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 309, la colaboración del operador o intérprete jurídico para precisar el tipo.

[309] En expresión de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La lucha contra las inmunidades del poder", op. cit., pp. 171 y ss. En idéntico sentido, desde la perspectiva del Derecho Administrativo sancionador y de la tipificación de conductas sancionables, Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 109 y ss., quien profundiza, pp. 114 y ss., en la diferencia sustancial que existe entre el empleo constitucionalmente admisible de conceptos jurídicos indeterminados por el legislador y la formulación de tipos abiertos, práctica proscrita por su indeterminación en nuestro ordenamiento jurídico.

[310] FJ 1.

[311] FJ 3. En sentido similar se había pronunciado anteriormente la Sentencia 116/1993, de 29 de marzo. Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 107, subraya, en este sentido, como el empleo de este tipo de conceptos traslada el problema a nivel probatorio a la Administración, reduciéndose la cuestión, finalmente, a definir "cómo llegar al necesario punto de equilibrio" entre lo desaconsejable de su utilización y lo impensable de un sistema jurídico en el que todas las conductas estuviesen previamente configuradas en las normas.

normativa, certeza y exhaustividad aplicables a la definición de las infracciones administrativas. Así se desprende, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1985 (Ar. 471), en la que se declara nula la sanción impuesta sobre la base de un Decreto que "atribuye las competencias para imponer las sanciones a diversos órganos de la Administración, según la cuantía de las multas, pero dejando en blanco tanto el límite de éstas, como las sanciones que corresponden a cada tipo de infracción, con lo que se deja en manos de la Administración la facultad de imponer la sanción con toda la amplitud permitida, sean cuales sean los hechos cometidos, con lo que las facultades de la Administración no son discrecionales, sino omnímodas, ya que no existiendo conductas tipificadas como infracción, ni estando determinada la cuantía de cada multa para cada caso, podrá sancionar por lo que estime la infracción y con lo que estime procedente, con lo que los principios constitucionales de legalidad y de tipicidad, e incluso el principio jurisprudencial de proporcionalidad de las sanciones a la gravedad de los hechos, quedan sacrificados en beneficio de razones de oportunidad"[312].

Si bien es cierto que se ha prestado mayor atención, tanto por parte de la jurisprudencia como de la doctrina científica, a los requerimientos planteados por el mandato de tipicidad en relación con la descripción de los elementos esenciales de la infracción, y que las consecuencias del traslado del citado principio penal al ámbito sancionador administrativo no han sido aún del todo exploradas en relación con la determinación de la correspondiente sanción, el Tribunal Constitucional se ha apresurado a extender el manto protector del principio de legalidad recogido en el artículo 25.1 del texto constitucional a la definición y graduación normativa de la sanción administrativa.

Y así, ha articulado a estos efectos una serie de requisitos mínimos que debe cumplir en todo caso la tipificación de la sanción administrativa[313]. La Sentencia 129/2006, de 24 de abril, constituye, en este sentido, un magnífico exponente de la doctrina constitucional al respecto, por cuanto sintetiza, con abundantes referencias a Sentencias constitucionales anteriores, aquellas exigencias mínimas que en materia de tipicidad han de respetar las normas administrativas sancionadoras al definir y graduar las sanciones que habrán de corresponder a las diversas conductas infractoras. En este sentido, afirma que:

[312] Considerando sexto.

[313] Vid., en este sentido, el repaso que realizan de la doctrina jurisprudencial respecto a la garantía material en la fijación de las sanciones, I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., pp. 261 y ss.; y, G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., pp. 113 y ss.

«Este Tribunal, aplicando al ámbito parlamentario la doctrina general que sobre el derecho a la legalidad sancionadora ha desarrollado, tiene declarado que "el artículo 25.1 de la Constitución establece una garantía de orden material y alcance absoluto que se traduce en la ineludible exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, lo que significa que una sanción sólo podrá imponerse en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión y con observancia de los límites previstos por dichas normas" (Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1989, de 19 de julio, FJ 3, recordada en la Sentencia 301/2005, de 21 de noviembre, FJ 3).

Ahora bien, a esta genérica afirmación se une un cuerpo de doctrina consolidado sobre las exigencias derivadas del principio de predeterminación normativa en su proyección a la configuración legal de las sanciones elaborado por este Tribunal en la resolución de recursos de amparo y de cuestiones y recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a sanciones administrativas y las leyes que las establecen. Así las Sentencias 29/1989, de 6 de febrero; 207/1990, de 17 de diciembre; 14/1998, de 22 de enero; 113/2002, de 9 de mayo; 100/2003, de 2 de junio; y, 210/2005, de 18 de julio.

De la jurisprudencia constitucional deriva que las razones por las que una norma sancionadora puede vulnerar el mandato de taxatividad en relación con la sanción que contiene residen bien en que el límite máximo de la misma queda absolutamente indeterminado en la norma (Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1989, de 6 de febrero), bien en que dados un límite mínimo y máximo (siendo relativamente amplio el marco comprendido entre ellos), la norma no contiene criterios para la gradación de las sanciones y para establecer la correspondencia entre la gravedad de la conducta y la sanción, pues en estos casos se está dejando libertad absoluta, no sólo un margen de discrecionalidad, al aplicador del derecho, que concebiría la misma como una decisión singular, "una graduación *ad hoc* que en cada caso concreto lleva a cabo la misma autoridad que impone la sanción" (Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3); con lo que, de un lado, la inexistencia de criterios de graduación de las sanciones en su correspondencia con las infracciones genera tanto la imprevisibilidad de las consecuencias, cuanto su eventual desproporción; de otro, se estaría alterando la ordenación y separación de poderes que nuestra Constitución proclama y, finalmente, quebrarían los caracteres de abstracción y generalidad inherentes a toda norma impidiendo su aplicación igual a supuestos iguales.

En aplicación de los criterios expuestos este Tribunal ha estimado la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora por indeterminación absoluta del límite máximo del marco de la sanción en la Sentencia 29/1989, de 6 de febrero, dado que la norma aplicada contenía la genérica previsión de una

sanción de multa "de 2.500.000 en adelante". También hemos estimado los correspondientes recursos de amparo en las Sentencias 100/2003, de 2 de junio, y 210/2005, de 18 de julio, porque las normas sancionadoras aplicadas no contenían criterios para determinar si las conductas eran constitutivas de infracción muy grave, menos grave, grave o leve, por lo que a pesar de estar determinados los marcos de sanción correspondientes a las sanciones muy graves, menos graves, graves o leves, era imprevisible para el ciudadano la correspondencia entre unas y otras y en definitiva la sanción que sería impuesta a cada conducta. Asimismo hemos estimado el amparo en la Sentencia 207/1990, de 17 de diciembre, porque la Administración entendió que la graduación de la sanción debía entenderse como una decisión singular, "una graduación *ad hoc* que en cada caso concreto lleva a cabo la misma autoridad que impone la sanción" (FJ 3).

Ahora bien, la aplicación de esta razón de decidir no conduce a la estimación del amparo cuando la inexistencia de criterios de graduación en la norma no ha reportado un perjuicio efectivo al recurrente. Así lo hemos declarado en la Sentencia 210/2005, de 18 de julio, FJ 3, en la que, si bien estimamos el amparo respecto de la sanción impuesta al demandante como responsable de una infracción grave, lo desestimamos respecto de la sanción impuesta como responsable de una infracción leve, "pues tal calificación de la infracción determina que ningún efecto adverso se ha producido para el demandante de amparo más allá del que la tipificación de la infracción y la previsión de la sanción en una norma con rango de ley hacían por completo previsible. Es decir, siendo cierto que el mismo reproche merece que se difiera por completo al momento aplicativo la gravedad de la infracción, también lo es que la calificación de la infracción en la categoría más liviana no causa un perjuicio efectivo y real al demandante de amparo, en la medida en que tal calificación sí era previsible, y conocida es nuestra doctrina según la cual el recurso de amparo protege frente a lesiones reales y efectivas de los derechos fundamentales, esto es, frente a menoscabos o perjuicios materiales, y no frente a los puramente formales (por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2005, de 1 de febrero)".

Igualmente, con fundamento en los criterios mencionados, hemos desestimado las tachas de inconstitucionalidad planteadas respecto de diversos preceptos sancionadores en las Sentencias 14/1998, de 22 de enero (FJ 10), y 113/2002, de 9 de mayo (FFJJ 6 y 7)»[314].

[314] FJ 4

De esta forma, el principio de tipicidad garantiza no sólo la previsibilidad de las conductas infractoras, sino también de las sanciones que siguen como consecuencia, en concreto, de tales infracciones, debiendo suministrar el legislador, en aras de la indispensable seguridad jurídica, criterios generales suficientes para su correcta determinación y graduación en cada caso particular[315]. A ello responde el enunciado vigente del artículo 129.2 de la LRJAP y PAC cuando establece que "únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley", previsión que se completa, a su vez, con el inciso final del primer apartado de este precepto conforme al que "las infracciones administrativas se clasificarán por la ley en leves, graves y muy graves", debiendo graduarse, por tanto, en idéntico sentido, las sanciones aplicables.

Se suman a este artículo 129 el reconocimiento y la exigencia del principio de proporcionalidad por el artículo 131 de la Ley, en el que se establecen algunas reglas básicas sobre la determinación de la sanción administrativa[316]. Concreta así, en su primer apartado, la prohibición constitucional de que la sanción administrativa pueda suponer, directa o subsidiariamente, privación de libertad, admitiendo, no obstante, su posible naturaleza no pecuniaria. Caso de tratarse de una sanción pecuniaria, su apartado segundo exige que la comisión de la infracción "no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas". En la individualización de la sanción correspondiente, habrá de guardarse, en cualquier caso, conforme al tercer y último apartado del precepto, la debida proporcionalidad, esto es, "la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada", considerándose especialmente

[315] Se suma así un nuevo motivo en contra del empleo de cláusulas omnicomprensivas para la determinación de las conductas infractoras en un ámbito particular, por cuanto del artículo 25.1 de la Constitución se sigue la necesaria correlación entre infracciones y sanciones, esto es, alcanza el rango de exigencia constitucional que la norma atribuya a cada infracción tipificada la correspondiente sanción. Así se deriva, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3, en la que se afirma que "como consagración de la citada regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se sigue la necesidad, no sólo de la definición legal de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllos y éstas, una correspondencia que, como bien se comprende, puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa, pero que en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella". En idéntico sentido, I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 227.

[316] Sobre el ámbito de aplicación de la exigencia de proporcionalidad, el fundamento normativo del principio, sus presupuestos y requisitos, vid., con carácter general, M. CARLÓN RUIZ, "Principio de proporcionalidad", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 741 y ss.; Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 213 y ss.; J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo I, pp. 143 y ss.; J. JUNCEDA MORENO, "Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 119 y ss.; D. MARTÍNEZ PÉREZ, "El principio de proporcionalidad", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo I, pp. 267 y ss.; y, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 350 y ss.

ciertos criterios o circunstancias para la graduación de la sanción aplicable, en particular, la intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la posible reincidencia.

No se establece nada más con carácter general acerca de la descripción y determinación de las sanciones administrativas para cada sector o ámbito administrativo en particular desde la garantía material del principio de legalidad, si bien el apartado tercero del artículo 129 de la LRJAP y PAC delimita, desde una perspectiva eminentemente formal, el alcance concreto de la reserva de ley al abordar su determinación normativa, por cuanto prescribe que "las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las […] sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas […] sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan […] a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes".

La doctrina ha subrayado, en tal sentido, el "panorama más bien pobre" que ofrece sobre esta cuestión nuestro Derecho positivo, en el que tan sólo cabe encontrar una regulación muy general y, por ende, sumamente incompleta al respecto. De ahí, en definitiva, que el grueso de los requerimientos exigibles en la materia provengan de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional, fundamentalmente en relación con el grado de concreción exigible a la norma sancionadora en su determinación de la sanción aplicable a la infracción cometida, como del Tribunal Supremo, en relación con la aplicación, en particular, de la sanción administrativa y las reglas que pautan, en última instancia, su individualización por la Administración sancionadora en cada caso[317].

Se trata, en fin, de una situación manifiestamente mejorable, sobre la que convendría un pronunciamiento general del legislador que abordara con la complitud y suficiencia necesarias la determinación de un régimen jurídico adecuado sobre la definición de las sanciones administrativas. No cabe duda que el sistema actual resulta claramente insuficiente, por cuanto la legislación sectorial permite una discrecionalidad administrativa en la imposición de la sanción reputada en muchas ocasiones excesiva, abocando a la conflictividad judicial y a la resolución casuística de muchos de los problemas o cuestiones de tipicidad planteados por cada sanción particular, a lo que debe sumarse, en última instancia, el incómodo silencio del ordenamiento jurídico vigente sobre muchos de los aspectos propios

[317] En este sentido, sobre el marco constitucional vigente, su interpretación jurisprudencial y las consecuencias jurídicas derivadas de la exigencia de predeterminación normativa de las sanciones, I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., pp. 261 y ss. Vid., asimismo, Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 105 y ss.

de un régimen general de sanciones sobre los que el Derecho Administrativo sancionador aún no se ha pronunciado con suficiente claridad[318].

2. Mandato al operador jurídico: prohibición de interpretación analógica y extensiva en materia sancionadora administrativa.

La garantía material del principio de legalidad que establece el artículo 25.1 de nuestra Carta Magna implica, en cualquier caso, un doble mandato. De un lado, impone al legislador deberes precisos en orden a garantizar la adecuada, clara, exhaustiva y precisa tipificación tanto de conductas infractoras como de consecuencias sancionadoras anudadas a las mismas. De otro, impone al concreto operador jurídico, ya sea la Administración sancionadora competente o el órgano judicial encargado de verificar la legalidad de la sanción impuesta, obligaciones orientadas a asegurar la correcta aplicación del régimen sancionador así diseñado y tipificado normativamente.

En efecto, siguiendo en este punto a Gallardo Castillo[319], cabe identificar tres mandatos dirigidos en concreto a la Administración sancionadora, que habrá de velar, en definitiva, por el respeto al principio de intervención mínima en caso de que la norma admita varias fórmulas correctivas, por el rigor en la calificación de los hechos y de subsunción en el tipo y por el adecuado reflejo documental, en fin, de las conductas. A ello se suma, en última instancia, la capital prohibición, tanto al órgano administrativo sancionador como al órgano jurisdiccional, de la aplicación analógica e interpretación extensiva de las normas sancionadoras.

El principio de intervención mínima impone, en primer lugar, que el mecanismo sancionador entre en juego tan sólo cuando se agoten otras actuaciones alternativas menos restrictivas de los derechos individuales. Se trata, en consecuencia, de un mandato vinculado estrechamente al principio de proporcionalidad, en cuanto

[318] Así, M. CUETO PÉREZ, "Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad", op. cit., p. 101, quien se refiere al "carácter tremendamente casuístico" de este principio; e, I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., pp. 270 y ss., que cita, entre otras cuestiones necesitadas de atención normativa, la determinación de los criterios de graduación de las sanciones administrativas, así como de las consecuencias concretas que implicaría la eventual concurrencia de unas u otras, la regulación de reglas especiales para los casos de concurso de infracciones o su distinción de los efectos del principio *non bis in idem*.

[319] Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 116 y ss.

va dirigido a garantizar que la sanción sea "ponderada, razonable y adecuada a la defensa del bien jurídico que se pretende proteger"[320].

El rigor en la calificación de los hechos y en la subsunción de los mismos en el tipo normativo implica, por otra parte, la obligación administrativa de acreditar que el hecho que se pretende sancionar se integra perfectamente en el tipo predefinido por la norma sancionadora, tanto en sus elementos objetivos, como en aquellos otros de apreciación propiamente subjetiva, forzando así a la adecuada y concreta motivación de la resolución sancionadora[321]. Ésta ha de atender, en consecuencia, al análisis de los hechos, a su naturaleza, a su alcance, en definitiva, a fin de apreciar si el supuesto fáctico supone la existencia de un ilícito administrativo y si resulta subsumible en alguna de las infracciones tipificadas al respecto por el ordenamiento jurídico sancionador.

La calificación de la infracción, esto es, la actividad administrativa de subsunción de la conducta en el tipo infractor, no es, en consecuencia, una facultad discrecional de la Administración, sino que debe realizarse con sujeción estricta al enunciado de la norma sancionadora y con cita expresa del precepto que se reputa infringido[322]. Así se reconoce, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1983 (Ar. 3500), al afirmar que "rigiéndose el procedimiento administrativo sancionador por las mismas reglas que el Derecho Penal, conforme ha declarado con reiteración este Alto Tribunal, ninguna sanción puede imponerse si los hechos enjuiciados no coinciden con los constituyentes del ilícito legalmente previsto, coincidencia que en verdad no puede deducirse ni de la genérica e imprecisa imputación de una anormal o extraña conducta profesional ni de sospechas, deducciones o presunciones meramente subjetivas del órgano o autoridad que sanciona"[323].

No cabe, en cualquier caso, la sustitución en esta labor administrativa por parte del órgano judicial encargado de controlar la legalidad del ejercicio de esa competencia administrativa sancionadora. Así lo dispone, en particular, la Sentencia del

[320] Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 117.

[321] Motivación tanto más importante cuando la norma tipificadora admite cierto margen de apreciación a la Administración mediante el empleo de conceptos jurídicos indeterminados en la determinación de la conducta infractora.

[322] Planteándose aquí, en consecuencia, el problema de las tipificaciones realizadas por medio de cláusulas omnicomprensivas. El reproche a la ausencia de tipicidad suficiente en el precepto sancionador puede terminar por teñir a la resolución sancionadora, que ante la dificultad para subsumir los hechos en el tipo infractor, incumple también por sí misma el citado principio. Vid. Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 118.

[323] Considerando tercero del Tribunal Supremo.

Tribunal Constitucional 161/2003, de 15 de septiembre, en la que se afirma categóricamente que "es a la Administración a la que está atribuida la competencia sancionadora y que a los órganos judiciales corresponde controlar la legalidad del ejercicio de esas competencias por la Administración". Más en concreto:

> «No es función de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración sin fundamento legal expreso o razonablemente deducible mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados probados por la Administración.
> En el ámbito administrativo sancionador corresponde a la Administración, según el Derecho vigente, la completa realización del primer proceso de aplicación de la norma (que debe ser reconducible a una con rango de ley que cumpla con las exigencias materiales del artículo 25.1 de la Constitución), lo que implica la completa realización del denominado silogismo de determinación de la consecuencia jurídica: constatación de los hechos, interpretación del supuesto de hecho de la norma, subsunción de los hechos en el supuesto de hecho normativo y determinación de la consecuencia jurídica. El órgano judicial puede controlar posteriormente la corrección de ese proceso realizado por la Administración, pero no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción bajo preceptos legales encontrados por él, y que la Administración no había identificado expresa o tácitamente, con el objeto de mantener la sanción impuesta tras su declaración de conformidad a Derecho. De esta forma, el juez no revisaría la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora sino que, más bien, lo completaría»[324].

Recae sobre la Administración, en este sentido, y en relación con el tercero de los mandatos enunciados *supra*, el deber de garantizar el adecuado reflejo documental de las conductas. En efecto, el silogismo por el que la Administración califica los hechos y subsume la conducta infractora en el tipo normativamente predeterminado es, sin lugar a dudas, la tarea primera y primordial del régimen sancionador administrativo, debiendo, no obstante, el órgano sancionador extremar el cuidado en su constatación documental, especificando pormenorizadamente los hechos y aquellas circunstancias objetivas que constituyen propiamente una transgresión del ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo reduce a dos las exigencias indispensables al respecto en su Sentencia de 7 de julio de 1990 (Ar. 6325). De un lado, "que las determinaciones impuestas vengan precedidas de la formulación de los correspondientes cargos,

[324] FJ 3.

fuera de los cuales no cabe –so pena de indefensión– hacer ninguna de ellas"; de otro, "que aquéllos vengan consignados con suficiente concreción, no bastando la afirmación genérica o abstracta, sino que la determinación del cargo ha de ser específicamente detallada como requisito de la seguridad jurídica, siempre preconizada y ahora elevada a rango constitucional en el artículo 9.3, que exige como indispensable utilizar el máximo rigor en la coincidencia de conducta enjuiciada con el supuesto de la norma"[325].

En todo caso, el mandato realmente primordial que se desprende del principio de tipicidad para el operador jurídico, ya sea la Administración sancionadora o el órgano jurisdiccional competente en la materia, versa sobre la interdicción de la analogía y de la interpretación extensiva de los tipos infractores. Se ha subrayado, en este sentido, la vinculación de esta limitación a la garantía formal de la reserva de ley vigente en el ámbito sancionador administrativo, en cuanto la prohibición de interpretación analógica y extensiva garantizaría, en definitiva, el imperio de la ley, al excluir tanto al poder ejecutivo como al judicial de la capital tarea de crear y describir de forma clara y precisa las conductas infractoras y sus correspondientes sanciones[326].

Así se desprende, en cualquier caso, tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1982 (Ar. 4806) concluye de "la aplicación jurisprudencial de los principios del Derecho penal a la potestad sancionadora de la Administración y en particular el de la legalidad", que "sólo puedan ser castigados los actos antijurídicos que, de modo riguroso o estricto, coincidan con los «tipos» descritos en la norma", lo que "excluye una interpretación extensiva o analógica"[327].

[325] Fundamento de derecho cuarto de la Sentencia apelada, confirmada por el Tribunal Supremo. Se trata, en cualquier caso, de una doctrina apuntada ya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1984 (Ar. 3614).

[326] Así, J. M. SERRANO ALBERCA, "Artículo 25.1", op. cit., p. 583. En idéntico sentido, M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., pp. 137 y ss., para quien "se trata de una exigencia derivada del contrato social mismo". Asimismo, con carácter general sobre la interdicción de la analogía en el ámbito sancionador administrativo *ex* artículo 25.1 de la Constitución, T. CANO CAMPOS, "La analogía en Derecho Administrativo sancionador", *REDA*, núm. 113, enero-marzo 2002, pp. 51 y ss.; y, del mismo autor, "Analogía e interpretación extensiva", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 104 y ss.

[327] Considerando primero del Tribunal Supremo. Se trata de una posición contenida ya en la jurisprudencia preconstitucional. Así, por ejemplo, se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1972 (Ar. 1472), que "si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas, tal criterio de flexibilidad tiene como límites insalvables (entre otros, el de que) debe rechazarse la interpretación extensiva o analógica de la norma y la posibilidad de sancionar un supuesto diferente al que la misma contempla".

No es óbice a esta conclusión la flexibilización propugnada por el Tribunal Constitucional respecto al traslado de los principios penales al ámbito sancionador administrativo. Y así, pese a las múltiples modulaciones reconocidas al respecto, que contribuyen a atenuar, en última instancia, la aplicación de estos principios al Derecho Administrativo sancionador frente a su rigidez, en cambio, en el Derecho Penal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1983 (Ar. 3456) reconoce que "tal criterio de flexibilidad tiene como límites insalvables [en el Derecho Administrativo] la necesidad de que el acto o la omisión castigados se hallen claramente definidos como falta administrativa y tengan correspondiente aparejada una determinada sanción, pues de no ser así se reconocería a la Administración una facultad creadora de tipos de sanción y de correctivos por analogía que llevarían evidentemente a una indefensión del administrado"[328].

Se sitúa en esta misma línea la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1990, de 15 de noviembre, en la que se afirma, de forma contundente, que "el principio de legalidad penal y el derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta según la legislación vigente […] no toleran la aplicación analógica *in peius* de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles", doctrina asimismo aplicable, sin duda alguna, a las infracciones y sanciones administrativas, "pues a ellas se refiere también expresamente el artículo 25.1 de la Constitución"[329].

De esta forma, integran el principio de legalidad en su vertiente material tanto la exigencia de tipificación de ilícitos y sanciones en sí misma considerada, como la interdicción de interpretaciones analógicas y extensivas *in malam partem*[330]. La exclusión, en cualquier caso, de los ámbitos penal y administrativo sancionador de estas técnicas jurídicas, "que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico", obedece, en última instancia, conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 142/1999, de 22 de julio, "a que en caso contrario [los jueces y Tribunales en su labor de aplicación de las leyes] se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma

[328] Considerando octavo de la Sentencia apelada, aceptado por el Tribunal Supremo.

[329] FJ 3.

[330] Así lo sostienen con toda claridad las Sentencias del Tribunal Constitucional 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; y, 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, que considera a esta última "como reverso o contrapartida del principio de taxatividad o certeza".

así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes"[331].

La exclusión de la analogía del ámbito administrativo sancionador encuentra acomodo en el apartado cuarto del artículo 129 de la LRJAP y PAC, que positiviza tal prohibición, derivada directamente del principio constitucional de legalidad, al disponer expresamente que "las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica"[332].

Ahora bien, los problemas se presentan al pretender resolver algunas de las incógnitas más importantes planteadas por la puesta en práctica de esta prohibición. En particular, ¿cómo definir la analogía y, en su caso, los criterios de distinción de interpretación analógica y extensiva? Y, sobre todo, ¿cómo determinar cuándo existe propiamente una interpretación ilícita o aplicación analógica de la norma sancionadora que suponga, verdaderamente, una vulneración del derecho fundamental contenido en el artículo 25.1 de la Constitución?

Aun cuando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiende a equiparar ambas realidades, conviene tomar en consideración que analogía e interpretación extensiva representan, en la práctica, realidades diversas. El Código Civil permite acudir a la interpretación analógica en su artículo 4.1, en cuanto procedimiento que supone la aplicación de la norma a un supuesto de hecho no contemplado en la misma, pero con el que se observa cierta identidad conceptual o de razón, a fin de colmar, en última instancia, las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico[333]. Distinto es el supuesto de la interpretación extensiva, que parece remitirse, más bien, a una "intelección amplia de la norma", a fin de dar cobertura en ella al mayor número de supuestos de hecho posible. Supondría, en definitiva, "selec-

[331] FJ 3.

[332] Regulación "sobria y correcta" en términos de A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 362. Independientemente de lo dispuesto a este respecto por el artículo citado, la prohibición debía entenderse en todo caso vigente al amparo no sólo de los artículos 9 y 25 de la Constitución, sino 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así lo subrayan, en particular, J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo I, p. 116.

[333] Se encuentra a medio camino, por tanto, en términos de M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 136, "entre la identidad y la completa diferencia" y supone, en consecuencia, "la realización de un juicio valorativo sobre la proximidad de dos supuestos diferentes". Distinto es el supuesto de las cláusulas generales de analogía, en cuya virtud es el propio legislador quien recurre y admite la analogía en su descripción de la conducta típica al establecer una serie de conductas punibles e incluir en la descripción la referencia a supuestos análogos. Sobre los problemas planteados por su admisibilidad y la dificultad de establecer *a priori* su posible contradicción con el principio de taxatividad, vid. M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 139, y, con mayor profundidad, T. CANO CAMPOS, "La analogía en el Derecho Administrativo sancionador", op. cit., pp. 76 y ss.

cionar entre las diversas opciones aplicativas aquélla que supone dar una mayor cabida a la norma"[334].

Y, sin embargo, la jurisprudencia constitucional no parece diferenciar ambas posibilidades, refiriéndose indistintamente a la aplicación o interpretación analógica o extensiva y dedicando mayor atención, en cambio, a la identificación de aquellas mugas que habrían de servir para deslindar la interpretación constitucionalmente admitida de las normas sancionadoras de aquella otra proscrita, en cambio, por suponer, conforme a la Sentencia constitucional 229/2003, de 18 de diciembre, "la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan"[335].

No en vano, sostiene el alto intérprete constitucional en su Sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, que "aunque de *prima facie* pudiera parecer que toda interpretación y aplicación incorrecta de un tipo sancionador puede equivaler a una sanción de conductas situadas fuera de los supuestos previstos en la norma sancionadora, no es ésta la consideración procedente. En rigor, desde la perspectiva constitucional, no toda interpretación y aplicación aparentemente incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad ni la del derecho fundamental que, *ex* artículo 25.1 de la Constitución, lo tiene por contenido"[336].

Y así, la Sentencia constitucional 56/1998, de 26 de marzo, sintetiza, en este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto y enuncia unos criterios o parámetros concretos que habrán de guiar la labor del operador jurídico enfrentado a este dilema. Afirma, a estos efectos, que "no cabe duda que la extensión analógica de los tipos de infracción es una práctica vedada, no sólo en el ámbito

[334] Así la define M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 136, quien considera admisible la interpretación extensiva siempre que "no desborde los límites formales trazados por el tenor literal de la norma". Vid., en este sentido, la abundante bibliografía citada por el autor en el marco penal. Para L. Mª. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, p. 399, frente a la analogía, que consiste en aplicar la norma a un supuesto similar al previsto en ella, la interpretación extensiva aplica la norma a casos no comprendidos estricta y literalmente en su enunciado, aunque sí en su espíritu, adoptando de los varios significados posibles de la norma, el más amplio. Sobre la división doctrinal y la confusión jurisprudencial causadas por las dificultades de semejante distinción, vid. Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 125 y ss.; y, T. CANO CAMPOS, "Analogía e interpretación extensiva", op. cit., pp. 109 y ss. Asimismo, con mayor profundidad sobre las implicaciones de la interpretación analógica, su distinción de otras figuras afines y los límites en su aplicación, J. L. VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 163 y ss.

[335] FJ 16. Cabe apreciar la equiparación aludida, en materia estrictamente penal, en esta Sentencia del Tribunal Constitucional de 2003, así como en la 283/2006, de 9 de octubre, con abundante cita de jurisprudencia anterior; vid. asimismo, en el ámbito sancionador administrativo, las Sentencias 151/1997, de 29 de septiembre, y 54/2008, de 14 de abril, entre otras.

[336] FJ 4.

penal, sino *ex* artículo 25.1 de la Constitución en todo el ámbito sancionador […]. Para constatar cuándo el órgano de aplicación de los tipos sancionadores, más allá de su lícita e inevitable tarea de interpretación, los ha extendido a supuestos que no quedaban comprendidos en sus fronteras, en detrimento de la seguridad jurídica y del monopolio normativo en la determinación de lo ilícito, este Tribunal ha establecido como criterios para efectuar el control de constitucionalidad el respeto al tenor literal de la norma aplicada, la utilización de criterios interpretativos lógicos y no extravagantes, y el sustento de la interpretación en valores constitucionalmente aceptables"[337].

El control constitucional queda delimitado, pues, en cuanto a su finalidad y conforme a la ya citada Sentencia 151/1997, "por el objetivo de evitar que las resoluciones judiciales aplicadoras de preceptos sancionadores impidan a los ciudadanos «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» (Sentencia del Tribunal Constitucional 133/1997, de 16 de julio, FJ 5), y en cuanto a los criterios o pautas de enjuiciamiento por la verificación del respeto del tenor literal de los preceptos sancionadores aplicados y de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos"[338].

Por último, antes de dar por cerrada la cuestión de la prohibición de la aplicación analógica de las normas sancionadoras, se hace preciso plantear la distinción entre la analogía *in malam* e *in bonam partem*, por cuanto la doctrina se ha cuestionado acerca de la posibilidad de aceptar esta última.

No sólo la doctrina, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado favorable a la aceptación y la admisibilidad de la analogía *in bonam partem* en el ámbito administrativo sancionador, por cuanto la interpretación analógica, siempre vedada en materia de tipicidad de infracciones y sanciones *ex* artículo 129.4 de la LRJAP y PAC, sería susceptible de operar, sin embargo, en otros cam-

[337] FJ 8. Reitera con ello la doctrina contenida en Sentencias anteriores, así las Sentencias del Tribunal Constitucional 137/1997, de 21 de julio; 151/1997, de 29 de septiembre; 225/1997, de 15 de diciembre; 232/1997, de 16 de diciembre; y, especialmente, 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 3, conforme a la que "no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios. A fin de aplicar el canon descrito en este fundamento jurídico debe partirse, en principio, de la motivación explícita contenida en las resoluciones recurridas".

[338] FJ 4.

pos del régimen sancionador siempre que tuviera por finalidad aligerar la situación del ciudadano inculpado[339].

Destaca, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1990 (Ar. 3612), en la que se afirma que "mucho antes que la técnica de la supletoriedad, que implica el que un ordenamiento (en este caso el Administrativo) tenga que echar mano de otro completamente distinto (el Penal), hay que agotar las posibilidades y potencialidades del propio ordenamiento. Encontrándose, entre otras, en estas potencialidades, la que nos brinda la técnica de la interpretación analógica, que si no es aplicable, en materia sancionadora, en la tipicidad de infracciones administrativas, o creación de nuevas infracciones, el inconveniente no es el mismo, si con la analogía lo que sólo se pretende es resolver problemas secundarios, como el que nos ocupa, de fijación de un plazo de prescripción"[340].

3. Conclusión.

La traslación del principio de legalidad del ámbito penal al administrativo sancionador se sustancia con diversa intensidad en función de la vertiente formal o material del principio. Así, frente a la intensidad de las modulaciones admitidas por la jurisprudencia constitucional en relación con los requerimientos formales del principio de legalidad y el imperio de la reserva de ley en materia administrativa sancionadora, su vertiente material, relativa a la tipicidad de infracciones y sanciones administrativas, tendría un "alcance absoluto"[341], más próximo, en cualquier caso, al mandato de tipificación penal, por cuanto las posibles matizaciones aplicables al mismo, esto es, la posibilidad, entre otras, de normas sancionadoras en blanco, del empleo de conceptos jurídicos indeterminados o de

339 Así se desprende *sensu contrario* de pronunciamientos como el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984 (Ar. 141), considerando segundo del Tribunal Supremo, en la que se afirma que "no cabe en Derecho sancionador una interpretación analógica para agravar la situación del inculpado".

340 Fundamento de derecho octavo. También la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/2003, de 17 de marzo, parece admitir *a sensu contrario* la posibilidad de la analogía *in bonam partem*; así lo subrayan P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., p. 157. Para M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 140, no cabe duda de la "amplísima importancia" de su admisión "a la vista de la escasez normativa administrativa, concretamente del Título IX de la LRJAP y PAC". También la admiten M. COBO DEL ROSAL y J. BOIX REIG, "Artículo 25.1. Garantía penal", op. cit., pp. 73 y ss.; y, T. CANO CAMPOS, "Analogía e interpretación extensiva", op. cit., pp. 108 y ss. Otros autores, en cambio, dudan de su admisibilidad. Así, A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, op. cit., p. 277, para quien el artículo 129.4 de la LRJAP y PAC "parece que no deja resquicio" para la aplicación de la analogía *in bonam partem*.

341 J. F. MESTRE DELGADO, "Sanciones administrativas", en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, Tomo I, p. 2.336.

cláusulas generales de tipificación, se han planteado y discutido también en el ámbito penalista[342].

Ahora bien, esta afirmación debe entenderse vinculada, en todo caso, a la propia especificidad de la reserva de ley en el derecho administrativo sancionador. La admisión en este ámbito de la colaboración normativa entre ley y reglamento supone, en definitiva, la posibilidad de que sea la propia norma reglamentaria quien deba hacer frente a las exigencias constitucionales de taxatividad y certeza de la norma sancionadora, por lo que la exigencia constitucional de *lex praevia et certa* se vería cumplida, en su caso, por el binomio ley sancionadora-reglamento de desarrollo[343].

De ahí la necesidad de integrar ambas vertientes y de avanzar, sobre todo, conforme al *statu quo* vigente, en los requerimientos de la propiamente material, por cuanto es ésta la susceptible de provocar mayores zozobras e inseguridades al ciudadano ante la proliferación en los últimos tiempos de normas sancionadoras provenientes de múltiples titulares diferentes, para ámbitos materiales diversos y caracterizadas, con suma frecuencia, por modos de tipificación cada vez menos precisos y escasamente determinables *a priori*[344].

En efecto, frente al "deterioro general", referido por NIETO, experimentado por el mandato de tipificación legal tanto en el campo del Derecho Administrativo sancionador como, incluso, en el propio ámbito del Derecho penal, se impone, en última instancia, avanzar y profundizar en la vertiente material del principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución a efectos de identificar y delimitar adecuada-

342 I. LÓPEZ CÁRCAMO, "Normas sancionadoras administrativas en blanco. Problemas que plantean respecto a su acomodación a las exigencias del principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución (análisis crítico de la jurisprudencia más reciente)", op. cit., pp. 213 y ss., reivindica, en todo caso, una "acomodación flexibilizadora" de la garantía material del principio de legalidad al campo sancionador administrativo sobre la base de que las exigencias del principio de tipicidad son menores en este ámbito que en el penal, por "la inferior reprochabilidad social de las conductas constitutivas de aquéllas [infracciones administrativas] y la más leve restricción del ámbito de libertad individual que conlleva su represión", así como "su mayor número y multiformidad […], amén de la variedad de bienes y derechos en juego".

343 En este sentido, F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 118, "por cuanto lo que sí sería necesario es que el Reglamento en cuestión delimitara estrictamente qué conductas pueden ser subsumidas como infracción, permitiéndose una flexibilidad sólo en lo que fueran conceptos jurídicos indeterminados".

344 Una reivindicación favorable al "fortalecimiento de la exigencia de taxatividad" realizada ya, para el ámbito penal, por S. HUERTA TOCILDO, "Principio de legalidad y normas sancionadoras", op. cit., p. 44, quien alude, en este sentido, a la conveniencia de una "interpretación restrictiva basada en el principio *in dubio pro libertate*". En idéntico sentido, G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 133, para quien el avance del Derecho Administrativo sancionador desde el punto de vista formal, "no ha venido probablemente acompañada por un incremento parangonable de su nivel de seguridad jurídica", motivo por el cual "el fortalecimiento de la previsibilidad de las conductas sancionables y de las sanciones constituye, pues, seguramente, la asignatura pendiente y el reto futuro de nuestro ordenamiento administrativo sancionador".

mente sus exigencias y requerimientos mínimos[345], con el fin último de evitar, en definitiva, como se ha referido *supra*, que recaiga sobre el ciudadano la posible inseguridad jurídica derivada de problemas técnico jurídicos de tipificación[346].

C) OTRAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO: EN ESPECIAL, EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.

El principio de legalidad que establece en materia sancionadora el artículo 25.1 de la Constitución comprende implicaciones fundamentales para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa por parte de los entes de naturaleza institucional y corporativa. No cabe otra conclusión a la luz del análisis realizado *supra* de las exigencias que comporta el citado principio en su doble vertiente, formal y material, para la tipificación del régimen jurídico de las infracciones y sanciones administrativas.

Con todo, y pese al papel primordial que corresponde a estos requerimientos en materia, entre otras, de reserva de ley, colaboración reglamentaria o determinación taxativa de las infracciones y sanciones a aplicar por la Administración competente, conviene subrayar que el principio de legalidad comporta otras consecuencias en el ámbito sancionador administrativo de no menos enjundia. No en vano, se trata de un principio estrechamente vinculado a la exigencia constitucional de velar por la seguridad jurídica de los ciudadanos. De ahí la interpretación extensiva que realiza el Tribunal Constitucional del enunciado literal, más bien parco en palabras, del artículo 25.1 de nuestra Carta Magna para dar cabida en él a una serie de derechos fundamentales de trascendencia decisiva no sólo en el ámbito penal sino también, en concreto, en el sancionador administrativo.

De entre las ramificaciones inferidas del citado principio por el alto intérprete constitucional sobresale, en particular, a causa de su innegable incidencia sobre el ejercicio por las Administraciones institucional y corporativa de las potestades normativa y sancionadora, la consideración de la que se ha calificado como la "dimensión temporal de la aplicación de la norma", que abre, en última instancia,

[345] Situación que impone, en opinión del autor citado, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 303, "rebajar el nivel de exigencia", debiendo ser la consigna "no la tipificación rigurosa sino simplemente la «óptima» o, en términos aún más sencillos, la «posible»".

[346] M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 131.

interrogantes esenciales sobre su posible retroactividad o aplicación excepcional, en definitiva, a situaciones producidas con anterioridad a su entrada en vigor[347].

La regla general vigente al respecto en materia sancionadora sigue, en principio, la estela de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil, conforme al que "las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario". Proscribe, en consecuencia, cualquier aplicación retroactiva de la norma sancionadora a situaciones o hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor, en aras a mantener, en fin, un mínimo de seguridad jurídica que impida cualquier arbitrariedad administrativa en el momento de aplicar la norma sancionadora a un supuesto de hecho concreto[348]. Corresponde al legislador, por consiguiente, la delicada tarea de examinar en qué materias y respecto de qué situaciones concretas se hace aconsejable dotar de eficacia retroactiva a una norma en particular[349].

Reflexiona sobre ello el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de mayo de 1989 (Ar. 4062), radicando el problema en la determinación del grado con que ha de ser interpretado el principio de irretroactividad ínsito en el artículo 2.3 del Código Civil, "habiéndose de escoger entre las dos soluciones brindadas por la doctrina, del «grado débil» –irretroactividad que somete a su imperio las relaciones jurídicas nacidas antes de la norma nueva, pero no a las consecuencias ya consumadas–, y, del «grado fuerte» –retroactividad que modifica o deja sin efecto hasta los ya consumados de hechos anteriores–", concluyendo, en este sentido, que:

> «…habida cuenta que la absoluta retroactividad de la Ley sería un ataque al principio constitucional de "seguridad jurídica", mientras que la ilimitada irretroactividad sería la muerte del necesario desenvolvimiento del derecho, hace que en el precepto del Código Civil citado, para armonizar ambas soluciones paliando sus posibles nocivos efectos, ha dispuesto la regla general de la irretroactividad de las leyes con la excepción del caso de que en las mismas no se dispusiera lo contrario ya que, nadie mejor que el legislador conoce la necesidad de establecer en la nueva ley su retroactividad, lo cual cabe inferir no sólo, en el caso de su manifestación expresa como declaraba la antigua

[347] F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 119.

[348] Y así, la infracción ha de estar tipificada y sancionada no sólo por la ley vigente en el momento de cometerse, sino por la que resulte efectivamente aplicable cuando el órgano administrativo competente valore la posible subsunción de los hechos en la norma sancionadora correspondiente. Vid. J. GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., p. 87.

[349] J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo I, p. 83.

> Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1927, sino que ello se puede deducir en el supuesto de que, del sentido de la ley resulte patente el propósito del legislador; mas, en todo caso teniendo la norma aludida del Código Civil un alcance meramente interpretativo dirigido en primer lugar al juzgador, implica que, éste en caso de duda ha de decidirse por la no retroacción de la ley siempre que de la misma no se infiera claramente lo contrario, haciéndolo prudentemente y con un sentido restrictivo; pues bien, el principio de irretroactividad no sólo deja intactos los efectos agotados y conserva los pendientes, sino que mantiene la potencialidad en el hecho jurídico reconocido, como previsto en la ley antigua, de producir ulteriores efectos, aún bajo la vigencia ya de la ley sucesiva, ya que, los principios de las normas jurídicas nuevas no influyen sobre los hechos jurídicos cumplidos, salvo que la nueva ley disponga lo contrario»[350].

La cuestión de la irretroactividad en materia administrativa sancionadora es, no obstante, algo más compleja, planteándose, en todo caso, en tres frentes fundamentales. De un lado, en la no exigencia retroactiva de los requisitos establecidos en este ámbito por la Constitución de 1978; de otro, en el de la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables al ciudadano; y, en última instancia, en el de la retroactividad de aquellas otras que le resultaran, en cambio, más favorables[351]. Se trata, en definitiva, de trasladar al Derecho administrativo sancionador la interpretación de un principio procedente, como no podía ser de otra manera, del Derecho Penal, si bien sin las modulaciones, matizaciones y flexibilizaciones que contribuyen a individualizar y diferenciar, en cambio, el alcance del resto de los principios sancionadores en función del ámbito concreto de aplicación, penal o administrativo, sobre el que recaigan en cada caso particular[352].

De esta forma, reviste aún mayor interés la interpretación penal de las cuestiones e interrogantes planteados por el principio de irretroactividad en materia penal, por cuanto la ausencia de diferencias o modulaciones significativas al respecto entre los ámbitos sancionador administrativo y penal convertirá a los preceptos aplicables del actualmente vigente Código Penal en instrumentos útiles para col-

[350] Fundamento de derecho primero. En cualquier caso, el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras debe distinguirse y diferenciarse adecuadamente de aquel otro de interpretación restrictiva y favorable al sujeto pasivo que debe presidir, en virtud del principio *pro reo*, la aplicación de toda norma de esta naturaleza. Así lo ha sancionado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 21 de octubre de 1980 (Ar. 3761) y 19 de mayo de 1982 (Ar. 3989).

[351] A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 238.

[352] Así lo subraya Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 131, para quien las diferencias entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador ceden en este ámbito, "sin que resulten apreciables distingos sustanciales".

mar los silencios del Derecho Administrativo sancionador en este punto[353]. Destaca así, en concreto, lo dispuesto a este respecto por los artículos 2 y 7 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995.

Conforme al primer apartado del citado artículo 2 "no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad". A estos efectos, el artículo 7 establece que "los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar". El segundo apartado del artículo 2 reconoce, por su parte, la posibilidad excepcional de efecto retroactivo a "aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario".

Resulta, en cualquier caso, múltiple y sumamente diverso el fundamento último de este principio de irretroactividad. Enlaza, de una parte, con el contenido esencial del principio de legalidad, contribuyendo, de otra, a garantizar la seguridad jurídica e incluso la igualdad por lo que se refiere a la retroactividad de las normas sancionadoras que resulten favorables al infractor[354]. Así se desprende de su ubicación constitucional, por cuanto el principio encuentra acomodo expreso en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución.

El primero garantiza "la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales"; el segundo sostiene, en cambio, de una forma más descriptiva, que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que "en el momento de producirse" no constituyan infracción ad-

[353] En este sentido, P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., p. 138, para quienes no hay duda que las prescripciones del Código Penal al respecto deberán tomarse también en consideración en el procedimiento sancionador administrativo.

[354] Para M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 142, no hay duda que el fundamento del principio de irretroactividad es múltiple, entroncando directamente con el principio de legalidad, con razones de seguridad jurídica y con los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Alude, incluso, al propio fin disuasorio de la sanción, para afirmar que el fin perdería su sentido si la conducta no estuviese previamente prohibida. A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 244, diferencia la situación según se trate, en cambio, de normas sancionadoras favorables o desfavorables al infractor. La retroactividad de las primeras se fundamentaría así en la igualdad, por cuanto "se considera inicuo castigar de distinta manera a quienes han cometido la misma infracción", fundándose la irretroactividad de las segundas en el derecho a la seguridad jurídica.

ministrativa "según la legislación vigente en aquel momento"[355]. El principio de *nullum crimen nulla peona sine lege*, se convierte así en el de *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*[356].

El principio de irretroactividad de las normas sancionadoras así constitucionalizado ha sido objeto de desarrollo por el legislador en el artículo 128 de la LRJAP y PAC. Su primer apartado señala que "serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa", determinando, en consecuencia, la irretroactividad de la normativa tipificadora de infracciones y sanciones administrativas. El segundo acoge, en cambio, la excepción de la retroactividad de aquellas normas sancionadoras que resultaran más beneficiosas para el infractor, al establecer que "las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor"[357].

Dos premisas concretadas reglamentariamente, a su vez, por el artículo 4.1 del REPEPOS, que dispone que "sólo se podrán sancionar infracciones consumadas y respecto de conductas y hechos constitutivos de infracciones administrativas delimitadas por ley anterior a su comisión y, en su caso, graduadas por las disposiciones reglamentarias de desarrollo", precisando, además, que "las disposiciones sancionadoras no se aplicarán con efecto retroactivo, salvo cuando favorezcan al presunto infractor".

La dimensión temporal de la aplicación de la norma sancionadora presenta, de esta forma, una doble vertiente. De un lado, la irretroactividad en su aplicación, como regla general, a hechos consumados y conductas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. De otro, como excepción a esta regla general, su posible retroactividad si su aplicación resultara más beneficiosa, en última instancia, para el presunto infractor.

[355] Para F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 120, las del artículo 25.1 de la Constitución son "alusiones un tanto redundantes a la irretroactividad" en su insistencia en la dimensión temporal. Sobre el proceso de formación de ambos preceptos, la evolución del texto constitucional y la *mens legislatoris* al respecto, vid., con mayor profundidad, F. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982, pp. 139 y ss.

[356] J. M. SERRANO ALBERCA, "Artículo 25.1", op. cit., p. 584.

[357] Para M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 144, este último principio de retroactividad de la norma favorable, aun cuando no se contuviera expresamente en el artículo 128.2 de la LRJAP y PAC, podría deducirse analógicamente para el Derecho Administrativo sancionador del artículo 2.2 del Código Penal vigente.

En cualquier caso, la vigencia y aplicación del principio de irretroactividad en estas dos vertientes supone la aceptación de unas premisas básicas que han contribuido a reducir la conflictividad en este ámbito, sentando unas líneas interpretativas comúnmente admitidas por doctrina y jurisprudencia, que han evitado, en gran medida, la confrontación doctrinal y jurisprudencial sobre el alcance del citado principio[358].

Así, la anulación de una norma sancionadora no supone la recuperación de vigencia de las regulaciones que hubiera derogado en su momento, lo que implica, en última instancia, que a consecuencia de su supresión se produce un vacío normativo temporal que conlleva, lógicamente, la impunidad de las conductas tipificadas en la norma revocada durante el paréntesis abierto hasta la aprobación de una nueva regulación en la materia, sin que quepa dotar de eficacia retroactiva a las normas aprobadas con posterioridad para sustituir a la anulada judicialmente. No en vano, la exigencia de predeterminación del ilícito veda cualquier posibilidad de *lex ex post facto*[359].

Especialmente singular resulta la aplicación retroactiva de la norma favorable al infractor, también conocida como retroactividad *in bonam partem*. No aparece expresamente citada en los enunciados constitucionales de los artículos 9.3 o 25.1, si bien ha habido autores que la han considerado presente *a contrario sensu* en el texto constitucional, interpretando, por tanto, que nuestra Carta Magna "garantiza la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables o ampliadoras de derechos individuales"[360].

Las dudas suscitadas al respecto han encontrado eco, asimismo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se ha planteado el posible fundamento constitucional de este supuesto excepcional de retroactividad de la norma sancio-

[358] En este sentido, con mayor profundidad sobre estas premisas y con cita jurisprudencial al respecto, Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 133 y ss.

[359] Si bien es evidente que no siempre resulta sencillo determinar de forma taxativa el *tempus commissi infractionis*. F. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, op. cit., pp. 171 y ss., distingue a tal efecto entre los momentos temporales en que cabe entender cometidas las infracciones realizadas en un solo instante, las que consisten en una acción o conducta, las que suponen la producción de un resultado, aquellas en las que figuran confundidas la conducta y el resultado o planteen dudas al respecto, las de carácter continuado o, en fin, las de carácter permanente. También Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 149 y ss., se refiere, en este sentido, al problema de la determinación de la normativa aplicable a las infracciones permanentes y continuadas.

[360] F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 120. En sentido contrario, F. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, op. cit., pp. 180 y ss., para quien, p. 209, si bien se trata de un principio general tradicional del Derecho Administrativo sancionador, carece de reconocimiento constitucional.

nadora *in bonam partem*. Y así, al margen de las elucubraciones doctrinales que la vinculan, entre otros fundamentos, a la *pietatis causa* o a razones de justicia e igualdad[361], la evolución de la jurisprudencia constitucional ha terminado por sancionar un tratamiento diverso para las dos vertientes del principio constitucional de irretroactividad justificado, precisamente, por su fundamento constitucional divergente.

La irretroactividad de la norma sancionadora se hace derivar así, en última instancia, del enunciado del artículo 25.1 de la Constitución, erigiéndose en auténtico derecho fundamental exigible por los ciudadanos a través de recurso de amparo o, en su caso, procedimiento especial ante la Jurisdicción ordinaria para su protección. La retroactividad, en cambio, de la norma sancionadora más beneficiosa al infractor encuentra acomodo, sin embargo, conforme a un nutrido cuerpo jurisprudencial, en el artículo 9.3 de la Constitución, sin que pueda entenderse derivada o incluida, a estos efectos, en el enunciado del artículo 25.1 de la Carta Magna, por lo que carecería, en consecuencia, de la consideración de derecho fundamental, sin que pudiera interesarse su protección, por tanto, en vía de amparo.

Así se sanciona con toda claridad en la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo:

> «El problema de la retroactividad e irretroactividad de la ley penal (en realidad no sólo de ella, sino también de otras disposiciones sancionadoras aunque sólo a aquélla y no a todas éstas van dirigidas las consideraciones presentes) viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las "disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". Interpretando *a contrario sensu* este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la ley penal favorable, principio que ya estaba recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el artículo 24 del Código

361 M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 144, se hace eco, en este sentido, con abundante cita bibliográfica al respecto, de la controversia sobre el fundamento teórico de la aplicación retroactiva de la norma más favorable, citando, entre otros, la *pietatis causa*, la cesión de la idea de retribución ante una sanción considerada ya excesiva o innecesaria por el Derecho, o posibles razones de justicia. Para J. M. SERRANO ALBERCA, "Artículo 25.1", op. cit., p. 585, su fundamento se encuentra, en cualquier caso, más que en razones humanitarias, en el cambio valorativo de la conducta operado en el ordenamiento jurídico. En idéntico sentido, F. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, op. cit., pp. 188 y ss., quien profundiza en los fundamentos del principio según la doctrina jurídico-penal y desde la perspectiva particular del Derecho Administrativo para concluir, p. 193, que la "*causa pietatis* no puede operar más que en sede productiva de las normas […]; pero cuando el Juez o la Administración Pública aplican retroactivamente una disposición más favorable no lo hacen ni pueden hacerlo, por sentimientos de piedad, sino por razones estrictamente jurídicas: aplican, sencillamente, un principio de nuestro ordenamiento por una vía puramente técnica".

> Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado artículo 9.3. Sin embargo, ni el artículo 9.3 –cuyos principios son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador– ni, por supuesto, el artículo 24 del Código Penal definen por sí mismos derechos cuya defensa pueda dar lugar a un recurso de amparo ante este Tribunal, pues ese mecanismo sólo queda reservado en nuestro ordenamiento a la tutela de las libertades públicas y derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, según establece el artículo 53.2 de la misma.
> Por su parte el artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas (Título IV, Capítulo segundo de la Constitución). Se infiere también de tal precepto que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal (principio de tipicidad) y, asimismo, que la ley penal que contenga la tipificación del delito o falta y su correspondiente pena ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión. En virtud de este artículo 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por ley que no esté vigente en el momento de producirse aquélla (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Pero del análisis del artículo 25.1 no se infiere que este precepto reconozca a los ciudadanos un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de una ley penal más favorable que la anteriormente vigente»[362].

Una interpretación constitucional que ha sido objeto de crítica doctrinal por el diverso alcance, repercusión y protección que supone para cada una de las vertientes del

362 FJ 3. De esta forma el artículo 25.1 de la Constitución veta la aplicación retroactiva de las normas más sancionadoras sin imponer, en cambio, la de aquellas más favorables al infractor. Así se confirma posteriormente, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1981, de 29 de abril; 15/1981, de 7 de mayo; 68/1982, de 13 de mayo; 122/1983, de 26 de octubre; 51/1985, de 10 de abril; 131/1986, de 29 de octubre; 22/1990, de 15 de febrero; 196/1991, de 17 de octubre; 237/1993, de 12 de julio; 38/1994, de 17 de enero; 177/1994, de 10 de junio; 99/2000, de 20 de abril; 75/2002, de 8 de abril; y, 85/2006, de 27 de marzo. El Magistrado de Mendizábal Allende se muestra sumamente crítico con esta doctrina en su voto particular a la Sentencia 177/1994, de 10 de junio, por cuanto "no parece que el elemento cronológico del principio de legalidad penal pueda trocearse no sólo en sus manifestaciones, sino incluso en la sede constitucional que lo alberga. En definitiva, la lógica intrínseca de la institución, tal y como ha sido moldeada históricamente por la jurisprudencia, la legislación y la *oppinio iuris* académica, concordes en este punto ahora polémico, tiene cabida en la Constitución, que no quiso disminuir las garantías ya existentes, sino lo contrario. Se impone así la interpretación conjunta de sus artículos 9.3 y 25.1". Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional respecto a la cuestión de la retroactividad *in bonam partem* y la posibilidad al respecto de recurso de amparo, vid., por todos, M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., pp. 149 y ss.; y, S. HUERTA TOCILDO, "Principio de legalidad y normas sancionadoras", op. cit., pp. 31 y ss.

principio de irretroactividad. No en vano, como ha subrayado SANZ GANDÁSEGUI, supone la constatación de "la un tanto arbitraria creación de derechos fundamentales" por parte del Tribunal Constitucional, por cuanto si bien resulta una interpretación "intachable desde una perspectiva formal y literal, puede ser cuestionada si se pone en relación con la opción hecha por el Tribunal en otros casos", así, por ejemplo, en el de la admisión del principio *non bis in idem* que, sin aparecer expresamente citado en el artículo 25 de la Constitución, se admite como derecho fundamental[363].

En cualquier caso, la aplicación retroactiva de la norma sancionadora *in bonam partem* plantea cuestiones prácticas de cierta complejidad o, cuando menos, dudosas. Así, por ejemplo, la definición de las pautas que han de servir para identificar la norma más favorable en cada caso, o la concreción de los criterios aplicables a fin de determinar, desde una perspectiva temporal y cronológica, el momento en que cabe invocar esa retroactividad.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones citadas, la labor de interpretación, comparación y posterior aplicación retroactiva de la norma sancionadora favorable no plantea especiales problemas cuando el cambio normativo de que trae causa permite una conducta o comportamiento hasta entonces prohibido. Tampoco cuando la norma posterior tipifica los hechos como infracción de menor gravedad o impone una sanción más benigna a la contemplada en la norma anterior[364], si bien la jurisprudencia constitucional no ha considerado que encaje en este último caso la conducta despenalizada y transformada posteriormente en infracción administrativa.

En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1991, de 17 de octubre, entiende que no cabe expedientar y sancionar administrativamente al infractor cuya pena ha sido dejada sin efecto por la legislación posterior, por cuanto "jurídicamente, son distintos los tipos sancionadores que consideramos, rompiéndose la persistencia de la predeterminación legal de la sanción", de forma que "se podría hablar de «continuidad» fáctica, pero no jurídica sancionadora". Concluye el alto intérprete constitucional afirmando que "la absolución en el delito", a raíz de la aprobación

[363] F. SANZ GANDÁSEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 123 y ss.

[364] Para aquellos casos en que el propio contenido de las normas comparadas pudiera plantear alguna duda interpretativa, A. CARRETERO PÉREZ y A. CARRETERO SÁNCHEZ, *Derecho Administrativo sancionador*, op. cit., p. 112, apuntan como criterios a tomar en consideración que las sanciones ciertas se han de presumir más graves que las inciertas, y las regladas, mayores que las discrecionales. No plantea dificultad la admisión, en cualquier caso, de la retroactividad *in bonam partem* de las normas de procedimiento y del cómputo de los plazos, por cuanto "ni el carácter adjetivo de este tipo de normas, ni el hecho de carecer de contenido sustantivo constituyen óbice", en opinión de Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 147, para que puedan considerarse afectadas por este principio.

posterior de una legislación penal más beneficiosa para el infractor, "lo era con todas sus consecuencias", de forma que la falta administrativa tipificada por esta segunda norma más favorable "sólo podría, consecuentemente, ser sancionable cuando fuera cometida tras la vigencia de la Ley o Código que la previera como tal"[365].

Plantea, en todo caso, mayores dificultades esta labor de comparación normativa cuando la modificación no afecta a la norma sancionadora en sí misma considerada, sino a la norma complementaria que sirve para integrar y completar el tipo sancionador recogido en aquélla. No cabe duda que si la norma que complementa a la sancionadora en blanco, originariamente remitente, resulta más benigna ha de aplicarse de forma retroactiva, por cuanto la definición integral del tipo exige valorar y aplicar tanto la norma remitente en blanco como aquella que la completa y da sentido, por lo que si esta última es objeto de modificación y supone un tratamiento más beneficioso para el infractor, ha de ser aplicada, sin duda alguna, con efecto retroactivo[366].

Ha planteado, asimismo, algunas dudas la determinación de la norma más beneficiosa al infractor en aquellos casos en que no le favorece el contenido completo de la nueva norma sino tan sólo algún aspecto parcial de su regulación, perjudicándole simultáneamente otros[367]. El Tribunal Constitucional ha sancionado para estos supuestos, en su Sentencia 131/1986, de 29 de octubre, la aplicación en bloque de una sola de estas normas, sin que sea posible acudir a los aspectos parcialmente más beneficiosos de cada una de ellas, obviando aquellos otros que pudieran resultar, en cambio, más perjudiciales, ya que, de permitirse esta opción, "el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en uso correcto de la potestad jurisdiccional que le atribuye el artículo 117.3 de la Constitución, sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen"[368].

[365] FJ 4. El Tribunal Constitucional cae así en la creación de una tercera norma sancionadora intermedia. Entre la definición original como conducta delictiva y la posterior tipificación como infracción administrativa, opta por tomar de cada una de estas normas partes o fragmentos concretos, desechando así la exigencia que establece su propia doctrina de aplicar la norma favorable en su totalidad y no de forma simplemente parcial. Se muestra crítico con la solución adoptada por la Sentencia, el voto particular a la misma del Magistrado Gimeno Sendra, por cuanto entiende que el Tribunal Constitucional confunde en última instancia los efectos de una despenalización con los de una amnistía o indulto. En idéntico sentido crítico, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 236.

[366] Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 146. Se trata, para M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 156, de "una situación que puede tener particular importancia" en el Derecho Administrativo sancionador, "precisamente por lo extendido del fenómeno".

[367] Vid., en este sentido, sobre el concepto de "ley más benigna", F. LÓPEZ MENUDO, "Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 728 y ss., quien profundiza, además, en los límites a la aplicación de la retroactividad *in bonus*.

[368] FJ 2.

Supone también, por otra parte, un problema de cierta entidad la decisión sobre la posible aplicación retroactiva *in bonam partem* cuando la reforma normativa sustanciada aboque, en última instancia, a la comparación de sanciones de naturaleza diversa. No hay duda, evidentemente, si la cuestión es susceptible de decisión conforme a criterios objetivos, planteando, no obstante, mayor incertidumbre cuando tan sólo resulte posible abordarla desde una perspectiva netamente subjetiva. Alcanza singular importancia el recurso en estos casos a la analogía y, en particular, a lo dispuesto a estos efectos en el Código Penal, por cuanto permite escuchar al infractor y tomar en consideración su opinión antes de determinar qué sanción se considera menos gravosa, si la tipificada bajo la norma anterior, ahora modificada o derogada, o la establecida, en cambio, por la norma posterior vigente en el momento de imponer o ejecutar la sanción[369].

En cuanto a la definición del momento procedimental hasta el que sería posible retrotraer las actuaciones para cumplir con la aplicación retroactiva de la norma favorable, parece claro que el límite se encuentra en aquellas sanciones que hayan adquirido firmeza en vía administrativa o judicial o hayan sido debidamente cumplidas o abonadas. Para el resto de supuestos, esto es, los procedimientos sancionadores pendientes de resolución o las sanciones pendientes, en su caso, de la resolución de recursos de naturaleza administrativa o judicial, rige la retroactividad de la norma sancionadora posterior que suponga un tratamiento más favorable para el infractor, ya sea por la eliminación del ilícito, por la disminución de la cuantía de la sanción que lleve aparejada o por el recorte de los plazos que se establezcan para considerarla, en su caso, prescrita[370].

No conviene cerrar, en cualquier caso, la exposición sobre el principio de irretroactividad como manifestación de la vertiente cronológica del principio de legalidad sancionadora sin hacer una referencia, aun cuando sea somera, a las normas sancionadoras intermedias y temporales. El problema de las leyes intermedias se plantea en aquellos supuestos en que la norma sancionadora más favorable al presunto infractor se encuentra vigente en el periodo intermedio entre la comisión

[369] M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 151.

[370] Así lo afirman, entre otros, J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo I, p. 87, para quienes el límite temporal de su aplicación se encuentra en el "momento en que finalice la pendencia del procedimiento sancionador de imposición de sanciones", por cuanto no resulta aplicable al "acto sancionador ya firme y consentido". En idéntico sentido, A. CARRETERO PÉREZ y A. CARRETERO SÁNCHEZ, *Derecho Administrativo sancionador*, op. cit., p. 111; y, A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, op. cit., p. 256. Sobre las reglas articuladas, en este sentido, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a falta de normativa que explícitamente determine el momento de aplicación en la práctica del principio de retroactividad de las normas más favorables, Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 142 y ss.

de la infracción y su sanción efectiva, de forma que no resulta ser la norma propiamente aplicable ni en el momento de producirse la conducta infractora ni en el de imponerle posteriormente la sanción correspondiente. Pese a lo discutible del supuesto, la opinión mayoritaria, tanto doctrinal como jurisprudencial, se inclina por la aplicación a los hechos de la norma intermedia más favorable, por cuanto se entiende que no hay razón para que el infractor se vea perjudicado por una indebida dilación en la tramitación del correspondiente expediente sancionador[371].

Por lo que respecta, en cambio, a las normas sancionadoras temporales, son aquellas cuyo plazo de vigencia viene preestablecido en la propia norma. Su vocación de temporalidad y la excepcionalidad de los supuestos a que afectan aconsejan, en última instancia, la aplicación analógica al Derecho administrativo sancionador de lo previsto a estos efectos en el artículo 2.2 del Código Penal, conforme al que la aplicación retroactiva de la norma penal favorable al reo cede en el caso de las leyes temporales[372].

Así lo afirma el Tribunal Supremo, en fin, para el ámbito administrativo sancionador, en su Sentencia de 18 de marzo de 2003 (Ar. 3651) cuando sostiene que "las leyes penales dictadas para un plazo previamente determinado y aquellas que por su naturaleza sean aplicables en función de circunstancias temporales o excepcionales quedarían desvirtuadas en su eficacia mediante la aplicación retroactiva de la norma posterior, ya que el cese de la vigencia de las leyes temporales no supone necesariamente un cambio de criterio sobre la idoneidad de las penas señaladas por dichas leyes para quienes las infringieron durante su vigencia. Estas consideraciones son especialmente relevantes en relación con la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. En determinados sectores en que tiene lugar la intervención administrativa, como el social o el económico, es frecuente que la norma proyecte actuaciones para atender a situaciones coyunturales que se espera corregir o paliar con las medidas adoptadas. Estas están llamadas a perder su vigencia cuando desaparezcan aquellas situaciones, pero requieren para su eficacia del plus de garantía que comporta el régimen administrativo sancionador. Cuando así ocurre, no son aplicables retroactivamente las normas posteriores más favorables que vienen a sustituirlas"[373].

[371] Vid. M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., p. 161, así como la jurisprudencia y bibliografía allí citadas.

[372] Vid. M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., pp. 161 y ss., quien se refiere al problema derivado, en este sentido, de la polémica exclusión de la retroactividad *in bonam partem* por parte del Tribunal Constitucional del enunciado del artículo 25.1 de la Constitución.

[373] Fundamento de derecho decimoséptimo.

IV. LA DIFÍCIL UNIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) LA INSUFICIENCIA DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y DEL «PRINCIPIALISMO» VIGENTE EN MATERIA SANCIONADORA.

La importación por el Derecho Administrativo sancionador de los principios, técnicas y construcciones propias del Derecho Penal, convenientemente moduladas y matizadas por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, ha encontrado finalmente acomodo y plasmación normativa en el Título IX, concretamente en los artículos 127 y siguientes, de la LRJAP y PAC.

No en vano, los preceptos citados, doce en total, representan, como se ha resaltado *supra*, un primer y tímido intento de desarrollo del artículo 25 de la Constitución. Articulados en dos Capítulos, el primero se centra en los principios de la potestad sancionadora, concretamente, los de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad o culpabilidad, proporcionalidad, prescripción y *non bis in idem*; el segundo, en cambio, sobre aquéllos propiamente procedimentales, destacando aquí la garantía de procedimiento, los derechos del presunto responsable, la regulación de las medidas de carácter provisional, la presunción de inocencia y los requisitos que habrá de reunir la resolución sancionadora final.

El legislador dota con ello de rango legal al "ramillete de principios"[374] sobre la potestad administrativa sancionadora articulado y afianzado progresivamente por

[374] En expresión de J. F. MESTRE DELGADO, "Sanciones administrativas", op. cit., p. 2.331, quien subraya además su "acomodo o respaldo" en el texto constitucional, ya sea "directamente o mediante operaciones interpretativas".

la construcción jurisprudencial y doctrinal. Y, sin embargo, pese a la trascendencia indudable de su reconocimiento y formulación legal en 1992, carecen de un ulterior desarrollo legal o reglamentario que quepa considerar mínimamente adecuado o suficiente como para erigirse en una auténtica parte general del Derecho Administrativo sancionador vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Se continúa así con el *statu quo* vigente hasta la LRJAP y PAC, caracterizado, en expresión de NIETO, por un uso de los principios generales del Derecho "en términos que rozan con lo abusivo". Denuncia el autor citado la "profunda confusión entre normas y principios" que llevó a la jurisprudencia, tanto contencioso-administrativa como constitucional, a fijarse en los principios "implícitos subyacentes en la Constitución", constitucionalizando e inmovilizando, en consecuencia, los rasgos esenciales de esta rama del Derecho. La rigidez resultante obligó, a su vez, al Tribunal Constitucional a procurar una solución que, sin desvirtuar su doctrina inicial sobre la aplicación de los principios del artículo 25 de la Constitución al ámbito del Derecho administrativo sancionador, permitiera, no obstante, su evolución, desarrollo y adaptación evitando el "rigorismo" y la "congelación extremada" a que abocaría indefectiblemente la traslación jurisprudencial en bloque, al amparo del texto constitucional, de los principios penales al Derecho Administrativo sancionador. El remedio, construido finalmente sobre la fórmula de las ya conocidas matizaciones, modulaciones y flexibilizaciones de los principios aludidos en su aplicación a la realidad administrativa, alumbra, en última instancia, unos principios administrativos sancionadores que el autor tilda de "blandos o rebajados", por su distanciamiento deliberado "de la dureza característica de su formulación inicial"[375].

Dejando a un lado esta escueta regulación principialista, claramente insuficiente y un tanto confusa en su interpretación y aplicación, el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora se encuentra ayuno en nuestro ordenamiento jurídico de una ley básica estatal que establezca, con carácter general, aquel régimen jurídico mínimo considerado adecuado y que deba ser común a todas las Administraciones Públicas titulares de la misma[376].

[375] Muy crítico con la jurisprudencia que "ha elaborado el Derecho Administrativo sancionador tal como hoy lo conocemos", A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 42 y ss.

[376] No en vano la propia LRJAP y PAC excluye de su ámbito de aplicación, en sus Disposiciones Adicionales 5ª, 7ª, 8ª y 8ª bis, los procedimientos administrativos –incluidos los sancionadores– en materia tributaria, los procedimientos administrativos sancionadores por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, los procedimientos disciplinarios y, en fin, los procedimientos sancionadores en materia de tráfico y seguridad vial, erigiéndose en Derecho supletorio para todos ellos excepto para los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas, que se regirán por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la LRJAP y PAC. Así lo reitera, por lo demás, respecto de la materia tributaria, las sanciones en el orden social y la potestad disciplinaria de la Administración, el artículo 1.3 del REPEPOS, que excluye, asimismo, de su ámbito

Poco añade, por lo demás, el REPEPOS tanto por su rango como, en particular, por su ámbito de aplicación. En efecto, su rango reglamentario implica la posibilidad de su desplazamiento o de la introducción de matizaciones y modulaciones en el procedimiento que regula por aquellas normas de rango legal que establezcan el régimen sancionador aplicable a cada materia o ámbito sectorial concreto. Así lo reconoce expresamente su artículo 1.1 al disponer que "la potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en este Reglamento, en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas".

No sólo eso, sino que el Reglamento de 1993 tiene, además, un ámbito de vigencia necesariamente limitado, por cuanto está llamado a ser aplicado, conforme al párrafo primero de su artículo 1, por la Administración General del Estado, "respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia exclusiva", y, a su vez, por la Administración de las Comunidades Autónomas y corporaciones locales, "respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena"[377].

El propio Preámbulo del Reglamento reconoce, a estos efectos, que "los tres niveles administrativos tienen competencia para establecer sus propios procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora, sin perjuicio de la supletoriedad

de aplicación, en su Disposición Adicional Primera, a los procedimientos disciplinarios regulados en el Reglamento Penitenciario. Se muestra crítica con las exclusiones operadas en este sentido del reducido régimen principialista establecido por la LRJAP y PAC, L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 60. Más conciliadores se muestran, en cambio, P. FERNÁNDEZ RUIZ y M. SAMPOL PUCURULL, "Ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado", op. cit., p. 74, por cuanto sostienen que "todas estas exclusiones son, con todo, muy relativas", en la medida en que "es obvio" que "muy buena parte" de los principios del procedimiento sancionador contenidos en el Capítulo II de la Ley 30/1992, dimanan de la Constitución, por lo que serán de "aplicación íntegra" a los ámbitos excluidos.

[377] F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, "Sujetos con potestad sancionadora", op. cit., p. 1.056, ha subrayado cómo la mayor parte de la normativa reglamentaria autonómica sobre procedimiento sancionador dispone su aplicación general a todos los procedimientos seguidos por la Administración autonómica, con independencia de que la Comunidad Autónoma correspondiente tenga o no competencia normativa en la materia de que se trate. Se obvia así, en consecuencia, la distinción efectuada a estos efectos por el REPEPOS, conforme a la que este último resulta aplicable en todos aquellos casos en que la Administración autonómica tenga exclusivamente competencias ejecutivas, recayendo, en consecuencia, sobre el Estado las de naturaleza y contenido normativo. El Consejo de Estado se había mostrado ya crítico con esta formulación del ámbito de aplicación del REPEPOS, en su Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto, de 10 de junio de 1993, al entender que incurría "en una mezcla de criterios conceptuales, toda vez que la atribución de competencia normativa plena al Estado respecto de una determinada materia y de competencias de gestión a las entidades administrativas territoriales es una cuestión conceptualmente independiente de la posibilidad de que esas entidades hayan introducido una regulación procedimental *ad hoc* o ciertas especialidades derivadas de su propia organización". Se refieren, asimismo, a esta cuestión, I. LASAGABASTER HERRARTE, "Artículo 1. Ámbito de aplicación", en I. LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Ley de la Potestad Sancionadora. Comentario sistemático*, IVAP, Bilbao, 2006, pp. 73 y ss.; y, J. OLIVÁN DEL CACHO, *Procedimiento sancionador y Estado autonómico*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 74 y ss. Sobre el ámbito de aplicación material del procedimiento sancionador regulado en el REPEPOS, vid. I. ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ, "El procedimiento administrativo sancionador tipo: ámbito de aplicación", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo I, pp. 352 y ss.; y, M. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, op. cit., pp. 1.162 y ss.

de este Reglamento prevista en el artículo 149.3 de la Constitución respecto de las Comunidades Autónomas; por lo que respecta a las Entidades Locales, el Reglamento se aplicará directa o supletoriamente según resulte de las normas estatales, autonómicas o locales dictadas al amparo de las reglas de distribución de competencias expresadas en el bloque de la constitucionalidad".

Y así, tanto el legislador, ya sea estatal o autonómico, como, en particular, la jurisprudencia, tienden a complicar aún más la situación con la continua regulación o el reconocimiento, en su caso, de múltiples excepciones, matizaciones y gradaciones en el seno de cada una de las legislaciones sancionatorias sectoriales vigentes, contribuyendo con ello a consagrar regímenes sancionadores absolutamente particularizados, de caracteres diferenciados e interpretaciones propias, con planteamientos divergentes y, en ocasiones, abiertamente contradictorios, consecuencia de la ausencia de unas pautas generales, básicas, que aseguren la imbricación armoniosa, en última instancia, de todas las regulaciones sectoriales citadas en un sistema general coherente, de rasgos mínimos comunes y de filosofía, en fin, unitaria[378].

De esta forma, a la insuficiente regulación de la LRJAP y PAC se unen, en definitiva, la confusión originada por la proliferación de regímenes sancionadores sectoriales, al margen, en muchas ocasiones, de las disposiciones mínimas de la propia Ley 30/1992, y del procedimiento sancionador articulado a estos efectos por el REPEPOS, y el desconcierto originado, en fin, por el reparto territorial de competencias que establece al respecto nuestra Constitución y la posibilidad, materializada ya en alguna Comunidad Autónoma, de que se proceda a aprobar legislación autonómica de desarrollo en materia sancionadora[379].

De ahí la dificultad, en fin, de que pueda hablarse en nuestro ordenamiento jurídico de una cierta unidad del Derecho administrativo sancionador, una rama que, a diferencia de otros ordenamientos comparados, carece de una regulación

[378] Se hace necesario citar, una vez más, a A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 188, y su denuncia de las "taifas legales" existentes al respecto en cada materia. Para M. REBOLLO PUIG, Prólogo a L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 23, hay un dato fundamental que conviene no olvidar, en cualquier caso, al adentrarse en la maraña de procedimientos sancionadores, legales y reglamentarios, generales y sectoriales, estatales, autonómicos y locales, vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, y que contribuye a dotar de cierta unidad al sistema; no es otro que la convicción de que "deben verse, ante todo, como piezas al servicio de los derechos fundamentales del imputado y a la postre, en suma, de su derecho de defensa", siendo estos derechos "los que dan sentido a todas esas normas procedimentales, […] los que dan una profunda unidad a todos ellos y a sus regulaciones". Con mayor profundidad, L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 51 y ss.

[379] Así, la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco.

básica mínimamente exhaustiva y completa, y en la que el único Reglamento de desarrollo en materia procedimental resulta ser de aplicación subsidiaria a buena parte de los expedientes sancionadores sustanciados en el ámbito autonómico y local[380]. No cabe por ello sino concluir la dificultad, por no decir imposibilidad, de reducir nuestro Derecho administrativo sancionador a unos mínimos comunes, rasgo más acentuado aún, si cabe, en aquellos supuestos en que la titularidad de la potestad administrativa sancionadora recae sobre entes de naturaleza institucional y corporativa[381].

B) EL FRACCIONAMIENTO DE LA TITULARIDAD DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA.

Conforme al artículo 127.1 de la LRJAP y PAC, "la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de ley". La identificación, a su vez, del órgano administrativo concretamente encargado de su ejercicio podrá realizarse, en cambio, de acuerdo con lo dispuesto por el segundo apartado del precepto citado, "por disposición de rango legal o reglamentario". De esta forma, la potestad sancionadora se encuentra atribuida, constitucional y legalmente, a la Administración Pública en régimen de auténtica prerrogativa, regida por el Derecho Administrativo[382].

En cualquier caso, a tenor del artículo 2.1 del texto legal citado alcanzan esta consideración de Administraciones Públicas, "a los efectos de esta Ley", la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración local. Una consideración que extiende el segundo apartado del precepto, asimismo, a "las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera" de las anteriores, quedando sujeta, en este último caso, su actividad a la LRJAP y PAC "cuando ejerzan potestades administrativas", entre ellas, señaladamente, la sancionadora, y a lo que dispongan, en cambio, sus normas de creación respecto al resto de su actividad.

[380] A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 187, denuncia, en este sentido, la dislocación del Derecho administrativo sancionador "por fracturas que le atraviesan en todas direcciones y niveles sin orden ni concierto".

[381] Conclusión anticipada ya en A. CASARES MARCOS, "Entes institucionales y corporativos, potestad sancionadora", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, p. 397.

[382] F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, "Sujetos con potestad sancionadora", op. cit., p. 1.055.

Desde la perspectiva concreta de los sujetos con potestad sancionadora, debe tomarse en consideración y sumarse, además, a lo expuesto hasta aquí, su titularidad y posible ejercicio por parte de la Unión Europea, al amparo de lo dispuesto por el ordenamiento comunitario, así como por otros órganos públicos no administrativos en nuestro ordenamiento jurídico, en particular, las instituciones parlamentarias del Estado o las Comunidades Autónomas, el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, el Consejo General del Poder Judicial y órganos de gobierno de los juzgados y tribunales o la Administración Electoral[383].

El resultado de esta amalgama o, quizá mejor, mera yuxtaposición de entes titulares de la potestad sancionadora aboca al intérprete a una difícil, prácticamente imposible, tarea de interpretación de sistemas sumamente diversos, por cuanto Unión Europea, Estado, Comunidades Autónomas, corporaciones locales, establecen sus propias normas, sustantivas y procedimentales, en materia sancionadora, actúan como organizaciones independientes y con sujeción a procedimientos distintos, de manera que "no se sabe hasta qué punto puede hablarse de un Derecho administrativo sancionador a secas o de tantos Derechos administrativos sancionadores como titulares de la potestad"[384].

Resultado de todo ello es la doble fragmentación que cabe apreciar en el Derecho administrativo sancionador. De un lado, la estrictamente material o sectorial, dependiente, en definitiva, del régimen jurídico concreto instaurado en cada materia o sector por el legislador estatal o autonómico, en función, en última instancia, del reparto competencial sancionado al respecto por el texto constitucional; y, de otro lado, la fragmentación o diversidad de régimen propiamente subjetivo, en función, en definitiva, del órgano o ente concreto titular de la potestad sancionatoria a ejercitar en un supuesto concreto y de la aplicabilidad al mismo, en fin, del régimen general que establecen al respecto la LRJAP y PAC y el REPEPOS o, por el contrario, de otros procedimientos sancionadores configurados y desarrollados por normas diversas de creación y regulación del ente, ya sean, en su caso, de origen legal, reglamentario o propiamente estatutario[385]. La combinación de ambas

[383] Ámbitos alejados todos ellos del objeto de este estudio y sobre los que pueden verse, sin ánimo exhaustivo, F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, "Sujetos con potestad sancionadora", op. cit., pp. 1.061 y ss.; y, M. LÓPEZ BENÍTEZ, "Marco institucional de las sanciones comunitarias", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 359 y ss.; así como la doctrina citada por ambos autores.

[384] A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 187.

[385] A lo que A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 187, añade otra "fragmentación subjetiva desde el lado de los sujetos responsables" que, si bien alejada del objeto de estudio de este trabajo, justificaría la existencia de un "Derecho –aproximado al Derecho privado en cuanto que en él median obligaciones sinalagmáticas, cuando no contratos– de concesionarios de servicios, de beneficiarios de subvenciones, de usuarios de dominio público y tantos otros".

vertientes resulta reveladora no sólo de la problemática unidad inherente a esta rama del Derecho, sino de su cada vez más acelerada y seguramente imparable disgregación[386].

1. La incidencia del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas sobre la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas.

No pretendo abordar en este punto el complejo asunto de la organización territorial del Estado español y de las posibles interpretaciones y opciones a que da pie, en este sentido, el texto constitucional de 1978 en su Título VIII[387], sino tan sólo esbozar aquellos rasgos esenciales que, a modo de grandes pinceladas, configuran en sentido amplio la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia sancionadora.

El punto de partida ha de situarse, necesariamente, en los artículos 148 y 149 de la Constitución. En ellos se establece el sistema general de reparto de competencias, "la clave de arco de todo el sistema jurídico de las Comunidades Autónomas", en opinión de SANTAMARÍA PASTOR[388], caracterizado fundamentalmente por su imprecisión y por la ambigüedad que encierra en la mayor parte de sus enunciados. Es, de un lado, un reparto incierto y abstracto, abierto incluso, en cuanto que la Constitución renuncia a la uniformidad en esta materia y desgrana sencillamente

[386] En expresión tomada, asimismo, de A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 187, quien denuncia la fragmentación y dislocación del Derecho Administrativo sancionador desde una triple perspectiva, esto es, la subjetiva, distinguiendo a su vez la fragmentación subjetiva activa de los titulares de la potestad de una segunda desintegración subjetiva desde el lado de los sujetos responsables según su relación de sujeción a la Administración sea general o especial, la material o sectorial y, en fin, la propiamente procedimental.

[387] Vid., en este sentido, sin afán exhaustivo: T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *REVL*, núm. 201, enero-marzo 1979, pp. 9 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1979; L. COSCULLUELA MONTANER, "La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas", *RAP*, núm. 89, mayo-agosto 1979, pp. 7 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.), *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980; J. LEGUINA VILLA, "Las Comunidades Autónomas", en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dirs.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 739 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985; E. AJA, J. TORNOS, T. FONT, J. M. PERULLES y E. ALBERTÍ, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985; R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho autonómico*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1986; L. MARTÍN REBOLLO (Dir.), *El futuro de las autonomías territoriales. Comunidades Autónomas: balance y perspectivas*, Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1991; y, J. LEGUINA VILLA, *Escritos sobre autonomías territoriales*, Tecnos, Madrid, 1995.

[388] J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, 2009, Tomo II, p. 483.

una serie de títulos competenciales que podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, pero sin imponer su asunción efectiva, lo que exige acudir, por tanto, en última instancia, a cada uno de los Estatutos de Autonomía para delimitar con precisión las competencias y facultades asumidas en su texto[389].

Constituye, de otro lado, una distribución marcada, además, por la necesaria conjugación de dos perspectivas distintas pero complementarias, una objetiva, relativa al reparto de sectores y ámbitos materiales diversos, y otra funcional, concerniente a la distinción, en el seno de cada una de aquellas materias, de diferentes facultades de actuación e intervención por parte de los poderes públicos, y de la que surge, en consecuencia, una variada tipología de competencias que distingue entre las exclusivas, plenas o no plenas, las de desarrollo legislativo y las de mera ejecución[390].

Consecuencia inmediata de todo ello será la obligada intervención, interpretación y posicionamiento al respecto del Tribunal Constitucional, que contribuirá, a través de múltiples pronunciamientos, a arrojar luz sobre el reparto competencial en los más diversos ámbitos y, de forma específica, en el de la regulación y el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora[391].

[389] A lo que habría que añadir, además, la posible ampliación del techo competencial de las Comunidades Autónomas como consecuencia de la aprobación de leyes de transferencia o delegación contempladas en el artículo 150.2 de la Constitución. J. TORNOS MAS, "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: problemas de articulación", en L. MARTÍN REBOLLO (Dir.), *El futuro de las autonomías territoriales. Comunidades Autónomas: balance y perspectivas*, Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1991, p. 48, afirma, en este sentido, que "la Constitución sólo contiene el marco de posibilidades dentro del cual cada Estatuto deberá fijar el concreto nivel competencial que efectivamente asume su respectiva Comunidad Autónoma". Para J. LEGUINA VILLA, "Las Comunidades Autónomas", op. cit., p. 774, esta situación tiene indudables connotaciones y raíces políticas. Tras considerar el "tema competencial" como "pieza clave de todo el edificio autonómico", sostiene que "los constituyentes españoles han adoptado un sistema de distribución de competencias deliberadamente ambiguo y, en buena medida, confuso e impreciso, lo que probablemente denota la escasa confianza depositada en el propio modelo teórico de Estado regional como solución estable al problema de la distribución territorial del poder político". Todo ello desemboca en un sistema de complejidad extraordinaria, hasta el punto llevar a J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo II, p. 484, a afirmar que "se trata, hoy por hoy, del tema más complejo de todo el nada simple Derecho público español".

[390] Para S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, Tomo I, p. 333, la conclusión al respecto es clara, por cuanto de la "complejidad y concentración" de estas listas de competencias se colige que "nuestra Constitución ha renunciado a asignar un régimen uniforme a las competencias recogidas en cada una de las listas de los artículos 148 y 149".

[391] No en vano la doctrina se encarga de subrayar, desde sus comienzos, las deficiencias técnicas de un sistema caracterizado por su originalidad inusitada y poca claridad. Así, por todos, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", op. cit., p. 10, para quien "el consenso logrado inicialmente en el seno de la Ponencia Constitucional ha conseguido convertir en norma constitucional vigente un sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que no satisface a nadie, ni a políticos ni a expertos, que no responde a ningún molde conocido, que no se ajusta ni al esquema teórico del Estado federal ni al del Estado regional, que carece de la imprescindible claridad y que ya desde ahora se revela claramente insuficiente para garantizar unas relaciones razonables entre los sujetos en presencia"; o, L. COSCULLUELA MONTANER, "La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, Tomo I, p. 540, para el que

Y es que no resulta en absoluto sencilla la traslación del esquema teórico constitucional a la práctica, ya que en la realidad "no es posible encajar unívoca y pacíficamente la concreta acción de los poderes públicos" en la previsión constitucional, "necesariamente abstracta y compleja", de "facultades o funciones que recaen sobre materias o sectores de actuación pública"[392]. Y así, con frecuencia, la incidencia de las actuaciones públicas de forma simultánea sobre campos diversos y la confluencia, por tanto, en un mismo supuesto, de aspectos concernientes a ámbitos materiales dispares, impiden encajar, en última instancia, la concreta acción de los poderes públicos de forma unívoca y pacífica en una única previsión o título constitucional de atribución de facultades o funciones sobre sectores específicos de actuación pública[393].

Una dificultad que se plantea con especial virulencia en el ámbito de la potestad sancionadora. No en vano, las competencias al respecto están íntimamente relacionadas con aquellas otras de naturaleza propiamente sustantiva referidas a todas y cada una de las materias concretas enunciadas por los diversos títulos competenciales recogidos en los citados artículos 148 y 149 de la Constitución.

a) El silencio constitucional sobre la potestad administrativa sancionadora como título competencial desde una perspectiva sustantiva.

El artículo 148 de la Constitución se hace eco, en su párrafo primero, de las materias sobre las que "podrán asumir competencias" las Comunidades Autónomas, sin que figure en su texto pronunciamiento alguno que aluda de forma directa a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Recoge, no obstante, múltiples referencias, a lo largo de sus veintidós apartados, a ámbitos sectoriales sumamente diversos; títulos invocados en su momento desde el ámbito autonó-

"lo menos que se puede decir del sistema de atribución de competencias que regula la Constitución española es que es deficiente en el orden técnico y poco claro en las intencionalidades políticas que persigue".

[392] Sobre el marcado casuismo a que conduce esta situación, abocando al Tribunal Constitucional en caso de conflicto a la primera y muchas veces sumamente compleja tarea de concretar el título competencial aplicable al supuesto particular, E. AJA, M. CARRILLO y E. ALBERTI, *Manual de jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, p. 482; o, J. TORNOS MAS, "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: problemas de articulación", op. cit., p. 50.

[393] E. AJA, M. CARRILLO y E. ALBERTI, *Manual de jurisprudencia constitucional*, op. cit., p. 482, destacan, ante el carácter complejo de las acciones públicas que se proyectan e inciden sobre campos diversos, la dificultad de identificar criterios generales en la amplísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sumamente casuística, para la subsunción de una determinada actuación en un concreto título competencial. Una dificultad agravada, además, como subraya J. TORNOS MAS, "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: problemas de articulación", op. cit., p. 50, por la disfuncionalidad a que podría llevar nuestro sistema constitucional al delimitar negativamente cada Estatuto la propia competencia que permanece en la esfera del poder central.

mico para asumir competencias sobre el régimen jurídico sancionador correspondiente a cada uno de ellos.

Tampoco alude expresamente el artículo 149, en su párrafo primero, a las infracciones y sanciones administrativas entre aquellas materias sobre las que tiene el Estado "competencia exclusiva"[394], si bien inciden indudablemente sobre esta materia, como se verá *infra*, los títulos competenciales comprendidos en sus apartados 18º y, muy especialmente, por mor de la jurisprudencia constitucional, 1º.

Y así, el propio Tribunal Constitucional ha llamado la atención sobre la peculiaridad inherente a la materia sancionadora, negando cualquier posibilidad de que pudiera ser considerada como un título competencial autónomo, por cuanto subraya que la competencia al respecto ha de acompañar, indefectiblemente, al título competencial sobre la materia sustantiva en última instancia implicada[395]. Recuerda a estos efectos en su Sentencia 37/2002, de 14 de febrero, que "la potestad sancionadora no constituye un título competencial autónomo", de forma que "las Comunidades Autónomas tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostenten competencias, […] pues tal posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales"[396].

Ahora bien, antes de entrar a analizar aquellos posibles límites concretos susceptibles de condicionar la competencia autonómica en materia sancionadora, conviene recordar, aunque sea a efectos meramente expositivos y de forma esquemática,

394 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución", *REDA*, núm. 33, abril-junio 1982, p. 292, defiende, en este sentido, que la importancia del artículo 149 de la Constitución radica, precisamente, en que "define el contenido nuclear e inderogable del Estado, en su sentido de poder central, al enunciar sus «competencias exclusivas»". Sobre el significado de las competencias exclusivas enunciadas por este precepto constitucional vid. también del mismo autor, "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico", *REDC*, 5, 1982, pp. 63 y ss. Asimismo, sobre el carácter decisivo del artículo 149 para la distribución competencial y el valor meramente transitorio del artículo 148, L. COSCULLUELA MONTANER, "La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas", op. cit., pp. 535 y ss.; M. BASSOLS COMA y J. M. SERRANO ALBERCA, "El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150.2: análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas", *RAP*, núm. 97, enero-abril 1982, pp. 31 y ss.; o, R. ENTRENA CUESTA, "Artículo 148", en F. GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 2.549.

395 Así lo establece, en particular, la Sentencia 87/1985, de 16 de julio, FJ 8. Doctrina reiterada posteriormente, entre otras, por las Sentencias 48/1988, de 22 de marzo; 227/1988, de 29 de noviembre; 136/1991, de 20 de junio; 149/1991, de 4 de julio; 198/1991, de 14 de octubre; 108/1993, de 25 de marzo; 156/1995, de 26 de octubre; 96/1996, de 30 de mayo; 37/2002, de 14 de febrero; u, 81/2005, de 6 de abril.

396 FJ 13. Y así, J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., p. 25, refiere la aparición de las Comunidades Autónomas como causa para un nuevo incremento del fenómeno y la regulación sancionadora, en cuanto van a pretender que se les reconozca aptitud para regular y ejercer esta potestad en materias de su competencia.

que el alcance de las competencias asumidas por cada Comunidad Autónoma varían de forma drástica en función del ámbito sectorial concreto a que se refieran.

No será igual la competencia sustantiva y, por ende, la competencia autonómica en materia sancionadora, en aquellos sectores en los que la Comunidad Autónoma tenga competencia exclusiva, que en aquellos otros en que tenga simplemente facultades de desarrollo normativo y ejecución o, en fin, que en los que disponga tan sólo de meras facultades ejecutivas.

A esta triple distinción desde la perspectiva del alcance del acervo competencial autonómico, se debe sumar la fractura, sobre la que se volverá *infra*, operada en materia sancionadora por el artículo 149.1.18º de la Constitución. No será igual el alcance de la posible competencia autonómica para la regulación de aquellos aspectos relacionados con el ejercicio de la potestad sancionadora que cabría calificar como propiamente sustantivos, que para la de aquellos otros de naturaleza eminentemente procedimental o formal.

No en vano, el citado título constitucional atribuye al Estado la competencia exclusiva, entre otras, sobre "el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas". No cabe duda que, a raíz de la estrecha relación entre cuestiones sustantivas y procedimentales, cualquier posible competencia autonómica en materia sancionadora tendrá que partir, necesariamente, del respeto a las facultades que corresponden al Estado para configurar el procedimiento sancionador común[397].

Centrándonos, en cualquier caso, en los aspectos que cabría calificar de propiamente sustantivos en el ejercicio de la potestad sancionadora, esto es, la tipificación de infracciones y sanciones y la regulación *stricto sensu* del régimen sancionador aplicable a un ámbito sectorial o actividad material concreto, no cabe duda que corresponden mayores y más cualificadas competencias a las Comunidades Autónomas en aquellos supuestos en que gozan de competencia exclusiva sobre la materia correspondiente.

Y así, la competencia autonómica para regular el sector correspondiente, se traduce en su facultad para establecer, asimismo, el régimen sancionador correspondiente sin mayores interferencias, en principio, por parte del legislador estatal,

397 Así lo sanciona la Sentencia del Tribunal 87/1985, de 16 de julio, reiterándose posteriormente esta doctrina, entre otras, en sus Sentencias 102/1985, de 4 de octubre; 137/1986, de 6 de noviembre; 48/1988, de 22 de marzo; 227/1988, de 29 de noviembre; 198/1991, de 14 de octubre; y, 102/1995, de 26 de junio.

que no podrá aprobar siquiera legislación supletoria a fin de cubrir o evitar los efectos a su juicio indeseables de eventuales lagunas en la materia[398]. Eso sí, el legislador autonómico, entendido en sentido amplio, esto es, como autor tanto de leyes como de reglamentos de origen autonómico, se encuentra, lógicamente, vinculado en el ejercicio de su competencia por los principios constitucionales que contiene al respecto el artículo 25 de la Constitución y que desarrolla el Título IX de la LRJAP y PAC.

Distinto es el supuesto, en cambio, en que corresponden a la Comunidad Autónoma competencias de desarrollo normativo y ejecución en el ámbito material de que se trate. En este caso se suman a los límites constitucionales del artículo 25, como es lógico, los requerimientos y condicionantes que el Estado hubiera podido definir al regular las bases del régimen sancionador correspondiente. En el bien entendido, no obstante, que en el ejercicio de sus competencias de desarrollo cabe que la Comunidad Autónoma especifique, singularice y desarrolle esas bases para el supuesto particular de la Autonomía de que se trate, pero siempre dentro del mínimo común denominador, del marco general, en definitiva, dispuesto por la legislación básica aprobada al respecto por el legislador estatal[399].

Así se desprende, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2002, de 14 de febrero, en la que se recuerda que "las Comunidades Autónomas tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostenten competencias, pudiendo establecer o modular tipos y sanciones en el marco de las normas o principios básicos del Estado, pues tal posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales". De ahí que concluya que la competencia estatal para la determinación de la legislación básica en una materia concreta, en este caso, la función pública, "no excluye o impide la tipificación […] de otras conductas por las Comunidades Autónomos mediante su actividad legiferante en desarrollo de

[398] En este sentido, J. F. MESTRE DELGADO, "Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora", op. cit.; y, del mismo autor, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", op. cit., pp. 2.499 y ss., para quien sólo cabe la aprobación de legislación estatal supletoria en caso de inactividad autonómica. En caso contrario, entiende que podría vulnerar la faceta negativa de la operación tipificadora realizada por las Comunidades Autónomas en materias de su competencia. Del mismo modo, R. ENTRENA CUESTA, "Artículo 149", en F. GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 2.572, para quien el principio de supletoriedad del Derecho estatal no comporta en ningún caso la atribución de un título competencial.

[399] No en vano, tal y como subraya A. EZQUERRA HUERVA, "Regulación de la potestad sancionadora", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, p. 968, el fin último de la legislación sancionadora básica estatal no es otro que "procurar un mínimo común normativo en la materia de que se trate, que garantice un trato mínimo igualitario a todos los ciudadanos con independencia del territorio en el que se encuentren y de la Administración con la que se relacionen".

la normativa básica estatal siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica"[400].

Más sencillo resulta, en fin, el último supuesto contemplado, aquél en el que corresponden al ámbito autonómico meras facultades ejecutivas, por cuanto la ausencia de competencias normativas implica, evidentemente, la imposibilidad absoluta de que el legislador autonómico pudiera completar o desarrollar el régimen jurídico sancionador dispuesto por la legislación estatal, limitándose la Comunidad Autónoma al mero ejercicio de la potestad sancionadora y a la aplicación de la legislación estatal aprobada en este sentido, por cuanto la capacidad de sancionar se entiende inherente a la competencia ejecutiva[401].

La jurisprudencia constitucional no ha sido completamente fiel, sin embargo, al planteamiento teórico que antecede, fijando límites a la competencia autonómica sobre los aspectos propiamente sustantivos del ejercicio de la potestad sancionadora aun en aquellas materias en que ésta es propiamente exclusiva[402].

Y así, afirma en la Sentencia 87/1985, de 16 de julio, que "las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías dispuestas en este ámbito del Derecho sancionador (artículo 25.1 de la Constitución, básicamente), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (artículo 149.1.1)"[403]. Esto es, sujeta la competencia autonómica sobre los aspectos sustantivos del régimen jurídico sancionador, aun en competencias de titularidad exclusiva, no sólo a los principios que consagra, a estos efectos, el artículo 25 de la Constitución, sino, en particular, al título competencial comprendido en el artículo 149.1.1º del texto constitucional, conforme

[400] FJ 13.

[401] Así lo ha subrayado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 87/1985, de 16 de julio; 227/1988, de 29 de noviembre; 249/1988, de 20 de diciembre; 100/1991, de 13 de mayo; 195/1996, de 28 de noviembre; o, 51/2006, de 16 de febrero.

[402] No en vano, los conflictos sobre los que ha debido pronunciarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se han centrado más en los aspectos materiales, en particular, tipificación de infracciones y sanciones, que puramente procedimentales del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora por parte de las Comunidades Autónomas. Así lo subraya, en particular, J. OLIVÁN DEL CACHO, *Procedimiento sancionador y Estado autonómico*, op. cit., p. 33. En cualquier caso, las modulaciones a la competencia autonómica que recoge, a este respecto, la jurisprudencia constitucional, surgen, en opinión de M. REBOLLO PUIG, "Competencias normativas del Estado y las Comunidades Autónomas sobre Derecho Administrativo sancionador", en M. REBOLLO PUIG, M. IZQUIERDO CARRASCO, L. ALARCÓN SOTOMAYOR y A. Mª. BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 108, porque se admite que las competencias estatales sobre "otras materias cruzadas" pueden condicionar las autonómicas.

[403] FJ 8.

al que corresponde al Estado la competencia exclusiva para "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

De esta forma, la competencia autonómica para la regulación y el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con las materias sectoriales que resulten ser de su competencia estará condicionada, en última instancia, por un triple límite, sin que el Alto intérprete constitucional se haya aventurado más allá en la elaboración de su doctrina ni haya procedido a analizar de forma rigurosa las implicaciones presentes en cada caso en función de que la competencia sustantiva correspondiente sea de carácter exclusivo, ya sea de titularidad estatal o autonómica, o concurrente[404].

De un lado, y por lo que se refiere a los aspectos propiamente materiales o sustantivos, por los principios generales que, importados del Derecho Penal y convenientemente matizados y modulados, resulten ser de aplicación a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas *ex* artículo 25.1 de la Constitución.

De otro, en lo exclusivamente procedimental, por la competencia estatal exclusiva que sanciona el artículo 149.1.18º de la Constitución para fijar y regular el procedimiento administrativo común.

Y, en última instancia, y con repercusión en ambas vertientes, tanto sustantiva como procedimental, por la garantía que se desprende para los ciudadanos del artículo 149.1.1º de la Constitución para el ejercicio de sus derechos constitucionales en condiciones básicas de igualdad.

b) El procedimiento sancionador y la competencia exclusiva del Estado para la determinación del «procedimiento administrativo común».

Por lo que se refiere a la definición de los aspectos estrictamente procedimentales del ejercicio de la potestad sancionadora, esto es, al establecimiento y ordenación

[404] De ahí que J. F. MESTRE DELGADO, "Distribución de competencias (una reflexión sobre la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora y su alcance)", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, p. 351, reconozca, pese a afirmar que "el planteamiento es claro", que "ciertamente presenta dificultades a la hora de su concreción para adecuar el resultado a los principios y reglas que, en definitiva, pueden reclamar consecuencias diferentes".

del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, entra en juego el título competencial comprendido en el artículo 149.1.18º de la Constitución[405].

El Tribunal Constitucional ha llamado la atención, en este sentido, sobre el empleo en el precepto citado de "diversas técnicas de distribución competencial y de reserva de competencias al Estado", concluyendo el carácter exclusivo de la competencia del Estado en materia de procedimiento administrativo, sin que pueda quedar reducida al establecimiento de meras bases o normas básicas. Y así, subraya cómo "el precepto reserva al Estado las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios». Pero no emplea el mismo criterio (distinción entre bases y desarrollo) al reservar *in toto* al Estado la competencia sobre «procedimiento administrativo común»"[406].

Así lo subraya la propia exposición de motivos de la LRJAP y PAC, donde se afirma que "la delimitación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas se engloba en el esquema «bases más desarrollo» que permite a las Comunidades Autónomas dictar sus propias normas siempre que se ajusten a las bases estatales. Sin embargo, respecto al procedimiento administrativo común y al sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, aunque su formulación jurídica sea la manifestación expresa y la traducción práctica para los ciudadanos de la aplicación regular del propio régimen jurídico, la Constitución la contempla como una competencia normativa plena y exclusiva del Estado".

De esta forma, habría que colegir que al gozar de competencia exclusiva sobre la materia, corresponde al Estado, y sólo a él, establecer el procedimiento administrativo sancionador común, con las especialidades organizativas que lógicamente pudieran determinar las Comunidades Autónomas a efectos de adaptar su sustanciación en el ámbito autonómico correspondiente a sus competencias en materia organizativa y, en particular, a su potestad de autoorganización.

Todo ello al margen de cualquier consideración, en principio, sobre el alcance concreto de las competencias autonómicas respecto a las cuestiones sustantivas planteadas por el ejercicio de la potestad sancionadora en la materia o el sector correspondiente, sobre las que el Constituyente no ha querido establecer nada de forma expresa, vinculando así estas cuestiones al reparto competencial específico sobre los sectores o actividades implicados, si bien ha optado por recoger, en cambio, de

[405] Así se concluye, sin ánimo de exhaustividad, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 87/1985, de 16 de julio; 102/1985, de 4 de octubre; 137/1986, de 6 de noviembre; 48/1988, de 22 de marzo; 227/1988, de 29 de noviembre; 198/1991, de 14 de octubre; o, 102/1995, de 26 de junio.

[406] Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1993, de 21 de enero, FJ 3.

forma expresa, la innegable y rotunda competencia exclusiva del Estado en materia propiamente procedimental, también, por ende, en el ámbito sancionador[407].

Se trata, en cualquier caso, de una interpretación constitucional rigurosa, adoptada y reflejada, en su momento, por el artículo 12 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, de Proceso Autonómico, en el que se afirma:

> «Será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas y a los organismos que de ella dependan la legislación del Estado sobre el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de aquéllas. Tales especialidades deberán ser aprobadas por Ley de la respectiva Comunidad Autónoma, sin que en ningún caso puedan reducirse las garantías que establece la legislación estatal en favor del administrado».

Y, sin embargo, este planteamiento teórico no ha sido seguido por el Tribunal Constitucional hasta sus últimas consecuencias[408], por cuanto su jurisprudencia abre el procedimiento sancionador a una multiplicación y diversificación prácticamente absolutas y sin parangón en nuestro ordenamiento jurídico u otros comparados, a modo de auténtico *big-bang*[409] o balcanización[410], poco comprensible, en cualquier caso, a tenor del enunciado literal del artículo 149.1.18º de la Constitución[411].

---

407 Esta distinción resulta, en todo caso, difícil de trasladar a la práctica. Y es que a la contraposición procedimiento común-especial, hay que sumar, en definitiva, la dificultad de deslindar de forma absoluta cuestiones sustantivas y procedimentales. No en vano para F. LÓPEZ MENUDO, "Los principios generales del procedimiento administrativo", *RAP*, núm. 129, septiembre-diciembre 1992, p. 74, resulta no sólo inevitable sino incluso deseable reconocer ciertas "excepciones que eviten un monopolio estatal sobre el procedimiento, lo que sería realmente innecesario e injustificado", por cuanto la hermenéutica sobre este tema debe guiarse por la identificación de lo "común" con "el establecimiento de un común denominador normativo, suficiente para garantizar una básica igualdad de trato". Sobre la concreción de este mínimo y las notables diferencias de la interpretación propuesta con el mecanismo bases-desarrollo, vid., en particular, pp. 67 y ss.; y, J. A. TARDÍO PATO, "Procedimiento administrativo", en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, Tomo II, pp. 1.981 y ss.

408 Para F. LÓPEZ MENUDO, "Los principios generales del procedimiento administrativo", op. cit., p. 69, se trata de una interpretación extensiva que, a tenor de la doctrina constitucional y la del Tribunal Supremo, sólo se ha mostrado válida "como punto de partida pero no como cierre del sistema".

409 En expresión de F. GONZÁLEZ NAVARRO, "El «Big-Bang» del procedimiento administrativo sancionador común", *REDA*, núm. 78, abril-junio 1993, pp. 223 y ss.

410 Terminología empleada, en este sentido, por J. SUAY RINCÓN, "Procedimientos administrativos", en A. JIMÉNEZ-BLANCO y J. RAMÓN PARADA (Coords.), *La Administración Pública: reforma y contrarreforma*, FAES, Madrid, 1999, p. 20. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC: el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal", op. cit., p. 660, habla, por su parte, de "destrucción radical o voladura" del procedimiento administrativo común "en miles y miles de «procedimientos específicos»".

411 S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Reflexiones sobre «el procedimiento administrativo común»", *RAP*, núm. 131, mayo-agosto 1993, pp. 14 y ss., subraya, en cualquier caso, el "carácter zigzagueante de las

En efecto, la Sentencia 227/1988, de 26 de noviembre, inaugura una interpretación curiosa y, cuando menos, rompedora acerca del alcance en materia sancionadora de la competencia estatal exclusiva que establece el artículo 149.1.18º de la Constitución. El pasaje, pese a su extensión, merece transcribirse a continuación por el indudable interés que presenta como punto de partida y explicación de la formidable fragmentación y dispersión experimentadas por el procedimiento sancionador administrativo[412]. Y así, en su intento por precisar lo que debe entenderse por "procedimiento administrativo común" a los efectos del citado precepto constitucional[413], sostiene que:

> «El adjetivo "común" que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento. Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del «procedimiento administrativo común», que en la actualidad se encuentran en las leyes generales sobre la materia –lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones Públicas, como exige el propio artículo 149.1.18º–, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que esta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así

---

soluciones recogidas" al respecto por el Tribunal Constitucional, concluyendo que su doctrina no puede ser calificada, a estos efectos, de "coherente" en su conjunto.

412 No en vano sobre la base de esta jurisprudencia constitucional se han reconocido a las Comunidades Autónomas, tal y como destaca L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 63, más competencias de las que, en principio, parecían deducirse la literalidad del artículo 149.1.18º de la Constitución.

413 Expresión cuyo sentido es "oscuro", tal y como subraya F. GONZÁLEZ NAVARRO, "El «Big-Bang» del procedimiento administrativo sancionador común", op. cit., p. 223, por cuanto "no puede hablarse de un procedimiento administrativo común sino de muchos procedimientos administrativos comunes, uno en cada sector de la actuación administrativa, suponiendo que para el sector de que se trate esa actuación se halle formalizada". También S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Reflexiones sobre «el procedimiento administrativo común»", op. cit., pp. 23 y ss., subraya "lo poco afortunado" de la expresión constitucional, no sólo porque entiende que el procedimiento administrativo forma parte del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, sino por la "notable rigidez literal" que ofrece el concepto mismo de "procedimiento administrativo común".

lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias»[414].

Con ello se "abrió el portillo a la legítima proliferación de procedimientos sancionadores", tantos, en definitiva, "como ámbitos materiales en los que la Administración haya de ejercer la potestad sancionadora"[415]. Se comprende que la doctrina constitucional expuesta resulte, por ello mismo, discutible, y que haya concitado numerosas críticas doctrinales por cuanto supone no ya la regulación de las especialidades procedimentales derivadas de la propia organización administrativa autonómica o de las especialidades *ratione materiae* que pudieran exigir modulaciones particulares y concretos, sino la articulación de procedimientos sectoriales o especiales completos[416].

Una realidad alentada desde 1992 por la propia LRJAP y PAC, que no sólo no soluciona la fractura que empezaba a vislumbrarse en el ámbito sancionador, sino que profundiza aún más en ella[417]. No en vano, su Título IX se limita a ser una

[414] FJ 32. Criterio "desmitificador" de la competencia estatal, en palabras de F. LÓPEZ MENUDO, "Los principios generales del procedimiento administrativo", op. cit., p. 72, que si bien alcanza aquí "su punto culminante" ya había sido expresado "en términos igualmente radicales", en opinión de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Reflexiones sobre «el procedimiento administrativo común»", op. cit., p. 20, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1986 (Ar. 7815).

[415] A. EZQUERRA HUERVA, "Regulación de la potestad sancionadora", op. cit., p. 970.

[416] De esta forma, para J. OLIVÁN DEL CACHO, *Procedimiento sancionador y Estado autonómico*, op. cit., p. 30, no cabe duda alguna que la dicotomía procedimiento administrativo común *versus* procedimiento especial ha servido para ampliar las perspectivas autonómicas, superando la inicial rigidez de la jurisprudencia constitucional que vinculaba las disponibilidades autonómicas sobre la regulación del procedimiento administrativo a las especialidades organizativas (así, en la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto).

[417] Para F. GONZÁLEZ NAVARRO, "El «Big-Bang» del procedimiento administrativo sancionador común", op. cit., p. 225, no cabe duda alguna que la Ley 30/1992, inaugura un "proceso de dinamitación del sistema". Hasta tal punto que "los que tenemos que enfrentarnos con la interpretación de la nueva ley hemos tardado

mera proclamación de principios que exigen del desarrollo posterior de otras normas legales o reglamentarias[418]. Nada establece, en este sentido, respecto a un posible procedimiento administrativo sancionador común[419].

Es más, contribuye de forma decidida a acelerar el proceso de progresiva desintegración en que se encontraba inmerso el procedimiento sancionador desde que se hiciera pública la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 26 de noviembre, en cuanto su Disposición Derogatoria Única sanciona, en su apartado 2 b), la derogación del procedimiento sancionador regulado hasta entonces en el Capítulo II del Título VI, artículos 133 a 137, de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (en adelante, LPA), abriendo con ello una laguna en nuestro ordenamiento jurídico de proporciones *a priori* mal calculadas, habida cuenta de la cantidad de procedimientos sancionadores especiales que se remitían en distintos aspectos de su tramitación a lo dispuesto por la Ley de 1958[420].

A ello se suma, poco tiempo después, la aprobación del REPEPOS, que afirma de forma decidida las competencias propias de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración local en materia de procedimiento administrativo[421]. No es necesario extenderse en el análisis de su enunciado, por cuanto resulta más que suficiente, a nuestros efectos, con la transcripción de alguna de las conclusiones alcanzadas por García de Enterría en su estudio del enunciado reglamentario a la luz del texto constitucional y de las

en creer que efectivamente sea eso lo que entendíamos que quiere hacer la ley. Finalmente hemos tenido que rendirnos ante la evidencia". Igualmente crítico con la "lamentable" complejidad del sistema que inaugura, J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, "El procedimiento administrativo sancionador", *JA*, núm. extraordinario, 2001, pp. 75 y ss.

[418] Reglas básicas que constituyen, en opinión de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo II, p. 408, "un conjunto de normas fragmentarias y de considerable laxitud".

[419] En contra, como recuerda L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 61, de lo afirmado por el Dictamen del Consejo de Estado 1076/1991, de 31 de octubre, sobre el Anteproyecto de la LRJAP y PAC, en el que se afirma que "debería regularse un procedimiento sancionador en el que (se) proyectaran las garantías constitucionales inferibles del artículo 24, tal y como ha alumbrado la jurisprudencia constitucional. El procedimiento que se propugna debe configurarse como procedimiento común y general, de modo que quede previsto que las leyes sectoriales, cuando así se requiera, puedan establecer especialidades siempre que en su regulación queden preservadas las garantías".

[420] Sobre la interpretación del artículo 149.1.18º de la Constitución desde la perspectiva concreta del procedimiento administrativo sancionador al amparo de la anteriormente vigente LPA de 1958, vid. A. CANO MATA, "Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas", *RAP*, núm. 119, mayo-agosto 1989, pp. 219 y ss. Se muestra crítico con la derogación de la LPA efectuada por la LRJAP y PAC, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Acotaciones escépticas sobre la nueva regulación del procedimiento administrativo", *REDA*, núm. 78, abril-junio 1993, p. 215, para quien "el cambio por el cambio es puro snobismo".

[421] Sobre el objeto y ámbito de aplicación del Reglamento, vid., por todos, I. ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ, "El procedimiento administrativo sancionador tipo: ámbito de aplicación", op. cit., pp. 351 y ss.; J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo II, pp. 1.155 y ss.

leyes vigentes al momento de su aprobación en nuestro ordenamiento jurídico, señaladamente, la LRJAP y PAC y la LBRL.

Y así, tras denunciar las múltiples quiebras del principio de jerarquía normativa en que incurre el tenor literal del REPEPOS, termina por concluir:

> «Aún habrá que decir que esa mágica multiplicación de procedimientos en materia sancionatoria que el Reglamento propugna nos retrotrae al arcaísmo jurídico más absoluto. Sería absurdo que cada juez operase con un procedimiento penal propio; pues igual lo es que eso se pretenda de las (mucho más numerosos que los jueces) entidades administrativas en su actuación represiva. El procedimiento alcanzó hace mucho, tanto en materia procesal o judicial como administrativa, una sustantividad que ha sido un progreso por nadie discutido y que ahora este Reglamento, frívolamente, pretende destruir. Además de la Constitución y las Leyes, como hemos visto, el Reglamento viola, pues, la más elemental técnica jurídica, e incluso más, puede decirse, como bien se comprende, el sentido común.
> El rompecabezas no se arregla, pues, por ninguna parte. La descarada manipulación de la Constitución y de las Leyes que hace este desdichado Reglamento no cuadra, pues, por ningún sitio»[422].

c) En particular, el artículo 149.1.1º de la Constitución y la interdicción de «divergencias irrazonables y desproporcionadas» en materia sancionadora.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha acogido el título competencial del artículo 149.1.1º de la Constitución como cláusula de cierre del sistema normativo en materia sancionadora, erigiéndolo en límite infranqueable para la competencia autonómica en la materia, que "no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio". Quedan proscritas, en definitiva, sobre la base de este precepto constitucional, las "divergencias irrazonables y desproporcionadas" en materia sancionadora[423].

[422] E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC: el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal", op. cit., p. 665.

[423] Vid., sin ánimo exhaustivo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 87/1985, de 16 de julio; 48/1988, de 22 de marzo; 152/1988, de 20 de julio; 227/1988, de 29 de noviembre; 15/1989, de 26 de enero; 100/1991, de 13 de mayo; 136/1991, de 20 de junio; 149/1991, de 4 de julio; 108/1993, de 25 de marzo; 102/1995, de 26 de junio; 156/1995, de 26 de octubre; o, 61/1997, de 20 de marzo.

Se trata de una interpretación acorde a la propia virtualidad de este título competencial. No en vano, comporta una función fundamental de homogeneización del Derecho vigente en las distintas Comunidades Autónomas, por cuanto no cabe duda alguna que, al margen de su consideración como título atributivo de competencias al Estado, se erige, a su vez, en cláusula limitativa de las diversas competencias en manos de las Comunidades Autónomas, esto es, en fundamento último y justificación para su determinación y delimitación[424]. Posee, por tanto, innegablemente, un "efecto reductor de la diversidad jurídica que resulta constitucionalmente admisible", aun cuando la amplitud y vaguedad de su enunciado dificulten su concreción, abocando al juicio casuístico del Tribunal Constitucional para determinar su alcance exacto en cada supuesto[425].

Sobresale, en este sentido, la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, en la que el Alto intérprete de la Constitución procura definir el alcance del precepto sobre la base de su delimitación tanto negativa como positiva[426]. Sostiene, desde una perspectiva negativa, que "no se puede identificar con el contenido derivado de otros preceptos constitucionales, tales como los artículos 138.2 y 139.1, que son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales; o el artículo 139.2, en cuanto expresión de la unidad de mercado y del derecho a la libre circulación. De otra, el artículo 149.1.1º de la Constitución no viene a ser un trasunto, en el plano competencial, del artículo 14 de la Constitución, que, por lo demás, vincula a todos los poderes públicos".

[424] Sobre las competencias del Estado, con carácter general, al amparo de la cláusula del artículo 149.1.1º de la Constitución, el objeto, fin último y funcionalidad del precepto, vid., por todos, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, "Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1º de la Constitución", *REDC*, núm. 1, enero-abril, 1981, pp. 133 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico", op. cit., pp. 63 y ss.; I. DE OTTO, "Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *RVAP*, núm. 10, septiembre-diciembre 1984, pp. 53 y ss.; J. Mª. BAÑO LEÓN, *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988, pp. 251 y ss.; J. PEMÁN GAVÍN, "Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el Estado de las Autonomías", *RAP*, núm. 119, mayo-agosto 1989, pp. 173 y ss.; L. LÓPEZ GUERRA, "Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 de la Constitución", en A. PÉREZ CALVO (Dir.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, INAP, Madrid, 1990, pp. 79 y ss.; y, del mismo autor, "La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 de la Constitución", en *La función del artículo 149.1.1 de la Constitución en el sistema de distribución de competencias. Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1992, pp. 9 y ss.; y, J. TUDELA ARANDA, "Aproximación a la caracterización jurisprudencial del artículo 149.1.1º de la Constitución española", en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo IV, pp. 3.479 y ss.

[425] J. PEMÁN GAVÍN, "Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el Estado de las Autonomías", op. cit., p. 191. Ha llamado la atención, asimismo, sobre la "fuerza expansiva" de este precepto, R. ENTRENA CUESTA, "Artículo 148", op. cit., p. 2.550.

[426] Concretamente en su FJ 7, al que corresponden las citas realizadas a continuación.

Concluye afirmando, por tanto, desde esta primera perspectiva, que "este título estatal no representa, pues, una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto de la legislación estatal", por cuanto que la expresión "condiciones básicas" que contiene no es sinónimo de "legislación básica", "bases" o "normas básicas". Y así, "si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho […], no lo es menos, sin embargo, que la competencia *ex* artículo 149.1.1º de la Constitución no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias".

Tampoco equivale o se identifica, en fin, con el "contenido esencial de los derechos" a que se refiere el artículo 53.1 de la Constitución y que constituye, en sí misma, "una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente, no para regular; no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las Comunidades Autónomas les corresponde". No en vano, su objeto "consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea, en su tarea reguladora".

En cuanto a la delimitación positiva de la competencia estatal comprendida en el artículo 149.1.1º de la Constitución, recuerda el Tribunal Constitucional que "las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predican de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el artículo 149.1.1º sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce"[427]. Constituye, por tanto, "un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al

[427] De lo contrario, argumenta el Tribunal, "dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (artículo 10.1 de la Constitución), quedaría desbordado el ámbito y sentido del artículo 149.1.1º de la Constitución, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional".

ámbito normativo, lo que permite al Estado una «regulación», aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico".

Ahora bien, ¿qué contenido tienen esas "condiciones básicas"? Entiende el Tribunal Constitucional que hacen referencia al "contenido primario" del Derecho, esto es, "a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos…)" que resulten ser "las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta"[428]. No en vano, como recuerda García de Enterría, es precisamente esa "igualdad básica de los ciudadanos" la que debe mantenerse como "clave del sistema entero"[429].

Por lo que se refiere al ámbito propiamente sancionador, la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1985, de 16 de julio, subraya, en este sentido, cómo "el Derecho administrativo sancionador creado por las Comunidades Autónomas puede implicar, sin duda, una afectación al ámbito de los derechos fundamentales, pues la previsión de ilícitos administrativos supone siempre una delimitación negativa del ámbito de libre ejercicio del derecho. Tal afectación no implica (Sentencia de 16 de noviembre de 1981, fundamento jurídico 2) que toda regulación en este extremo sea de exclusiva competencia del Estado. Sin duda que la norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1º de la Constitución, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio. […] Pero, dentro de estos límites y condiciones, las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones –en el marco ya señalado–, porque esta posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales"[430].

Ahora bien, lo singular de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se encuentra tanto en la invocación del artículo 149.1.1º como título competencial

[428] FJ 8.

[429] E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre autonomías territoriales*, op. cit., p. 149. Constituye, en definitiva, el fundamento de la limitación a la competencia autonómica, en este caso sancionadora, erigiéndose en criterio interpretativo fundamental para determinar, en expresión de J. Mª. AYALA MUÑOZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las Comunidades Autónomas: las especialidades del procedimiento administrativo sancionador en la normativa autonómica", *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo I, p. 643, "cuál es su ámbito de aplicación y, finalmente, cuál es la intensidad con la que dicho límite reduce las potestades autonómicas".

[430] FJ 8.

del Estado susceptible de incidir sobre las competencias autonómicas en materia sancionadora, sino en su conversión en límite general y absoluto a la regulación autonómica de infracciones y sanciones en materias de su competencia exclusiva que opera incluso al margen de la existencia de normas estatales dictadas en virtud del citado precepto constitucional[431]. No en vano, la propia Sentencia 136/1991, de 20 de junio, subraya cómo la aplicación directa de este precepto no sitúa al legislador autonómico "tanto ante la clásica relación ley básica-ley autonómica, sino ante una relación distinta, cercana al juicio de igualdad del artículo 14 de la Constitución"[432].

En cualquier caso, a la vista de la doctrina constitucional, resulta aun más criticable la ausencia de una ley estatal reguladora, con carácter general, de aquellos aspectos del Derecho Administrativo sancionador, tanto sustantivos como procedimentales, necesariamente comunes a todo el territorio de la nación, de aquellos mínimos indispensables, en definitiva, a la sustanciación del procedimiento sancionador común, más aún cuanto que el Tribunal Constitucional ha relacionado expresamente los apartados 1º y 18º del artículo 149.1 de la Constitución para afirmar, en su Sentencia 23/1993, de 21 de enero, que el "procedimiento administrativo deba resultar común en todo el Estado, en el sentido querido por el artículo 149.1.18º de la Constitución, se justifica en la necesidad de que esa garantía mínima que redunda en un beneficio de los administrados juegue por igual para todos los españoles"[433].

Invocado expresamente por el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones para sostener que "si bien las Comunidades Autónomas pueden aprobar normas administrativas-sancionadoras en materias de su competencia, tal régimen sancionatorio no puede implicar una disminución drástica"[434], que rompa, en definitiva, "la unidad en lo fundamental del esquema sancionatorio"[435], por tratarse de una quiebra que vulneraría el artículo 149.1.1º de la Constitución, no cabe olvidar, sin embargo, que la garantía constitucional de unas condiciones esenciales de igualdad no presupone, en caso alguno, una estricta uniformidad interterritorial.

---

[431] M. REBOLLO PUIG, "Competencias normativas del Estado y las Comunidades Autónomas sobre Derecho Administrativo sancionador", op. cit., p. 110, para quien la jurisprudencia constitucional resulta, por ello mismo, "confusa y de fundamentos discutibles".

[432] De modo, continúa el FJ 1, que "en la comparación entre la norma estatal y la norma autonómica debe hacerse un doble juicio, el de equivalencia para comprobar que se trate de situaciones comparables, y el de la justificación en su caso de la desigualdad de trato, o sea si la misma tiene un fundamento razonable y proporcionado en relación al fin perseguido".

[433] FJ 3.

[434] Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1997, de 30 de enero, FJ 1.

[435] Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1988, de 22 de marzo, FJ 25.

Así lo sanciona la propia doctrina constitucional desde su temprana Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, en la que recuerda que la estructura compuesta del Estado español y la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas permiten una "distinta posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional"[436]. Y así, como recuerda la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, "el principio de igualdad incide en el despliegue del principio de autonomía pero no puede desvirtuarlo"[437].

La virtualidad y aplicación práctica del precepto en el ámbito sancionador plantean, en cualquier caso, problemas interpretativos de primer orden, en los que el Tribunal Constitucional no ha entrado siquiera. Así, no distingue en su aplicación entre los supuestos en que corresponden a la Comunidad Autónoma competencias exclusivas o, por el contrario, meras competencias normativas de desarrollo en el ámbito sectorial de que se trate, denotando una falta de finura jurídica que desemboca, finalmente, en un alto grado de imprecisión y, por ende, en la confusión más absoluta entre unos y otros supuestos[438].

La doctrina ha subrayado, en líneas generales, el cambio de rumbo que debiera sancionar la nueva interpretación del artículo 149.1.1º de la Constitución por la citada Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, y la imposibilidad consiguiente del empleo ulterior del precepto como excusa o justificación para censurar cualquier diferencia entre las legislaciones sancionadoras de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio, lógicamente, de la relevancia de otros límites constitucionales que éstas deban, asimismo, respetar en ejercicio de sus competencias sancionadoras, tanto normativas como ejecutivas[439]. No en vano, como recuerda REBOLLO PUIG,

---

[436] FJ 2. Vid., asimismo, entre otras Sentencias, las posteriores 97/1983, de 15 de noviembre; 37/1987, de 26 de marzo; 75/1990, de 26 de abril; 86/1990, de 17 de mayo; 150/1990, de 4 de octubre; 169/1996, de 29 de octubre; 120/1998, de 15 de junio; 112/2006, de 5 de abril; o, 247/2007, de 12 de diciembre.

[437] FJ 4.

[438] En este sentido, M. REBOLLO PUIG, "Derecho Administrativo Sancionador de las Comunidades Autónomas", *RAAP*, núm. 2, abril-junio 1990, pp. 55 y ss. Se refieren, asimismo, a esta cuestión, J. Mª. AYALA MUÑOZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las Comunidades Autónomas: las especialidades del procedimiento administrativo sancionador en la normativa autonómica", op. cit., pp. 647 y ss.; y, E. HINOJOSA MARTÍNEZ, "La cláusula de la garantía de la igualdad básica y la competencia sancionadora de las Comunidades Autónomas", *RAAP*, núm. 31, julio-septiembre 1997, pp. 77 y ss., quien propone el empleo del artículo 149.1.1º como título competencial autónomo, distinguiendo según se aplique a garantizar las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de derechos propiamente formales o materiales y según afecte a materias de competencia exclusiva autonómica o de competencia, en cambio, compartida.

[439] A los ya mencionados derivados de los artículos 24, 25 y 149.1.18º, cabe añadir los que se desprenden, en particular, de los artículos 138.2 y 139, apartados 1 y 2, de la Constitución. Vid., en este sentido, E. HINOJOSA MARTÍNEZ, "La cláusula de la garantía de la igualdad básica y la competencia sancionadora de las Comunidades Autónomas", op. cit., pp. 72 y ss.; y, G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 183. Asimismo, J. Mª. AYALA MUÑOZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las Comunidades Autónomas: las especialidades del procedimiento administrativo sancionador en la normativa autonómica", op. cit., pp. 643 y ss.

el artículo 149.1.1º no constituye en sí mismo "una de las reglas constitucionales sustantivas que limitan materialmente el ejercicio de cualquier competencia propia de las Comunidades y, en particular, de las referentes a infracciones y sanciones", sino que es, por el contrario, "una norma sobre competencias" en cuya virtud se reconoce la "facultad del Estado para imponer límites a las leyes regionales"[440].

d) Reflexión final.

Se ha hecho referencia *supra* al doble fraccionamiento experimentado por la titularidad de la potestad administrativa sancionadora. De un lado, el derivado de la incidencia del Estado de las Autonomías en su regulación y articulación; de otro, el debido a la parcelación subjetiva del ejercicio de la potestad sancionadora en sí misma considerada.

No resulta exagerado hablar de auténtica fractura, por lo que se refiere a la primera de las perspectivas analizadas. No en vano, y pese a la temprana identificación por la doctrina de las coordenadas en que debía moverse el reparto competencial en materia sancionadora y de los variados problemas teóricos planteados por las soluciones que iba alumbrando al respecto la doctrina constitucional, no se ha dado a día de hoy una respuesta adecuada a los problemas conceptuales más importantes planteados a estos efectos[441].

En efecto, a la multiplicación de las regulaciones sancionadoras sustantivas, de origen diverso dado el reparto competencial efectuado por los artículos 148 y 149 de la Constitución y la consideración, en fin, de la materia sancionadora como instrumental de otros títulos propiamente materiales, se suma, en última instancia, la proliferación inusitada de procedimientos sancionadores especiales ante el silencio mantenido a este respecto por el legislador estatal, agravado por el carácter declaradamente supletorio del REPEPOS y por la permisividad constitucional con la actividad "legiferante" de las Comunidades Autónomas al respecto, que no cabe sino tildar de auténtica incontinencia normativa[442].

[440] M. REBOLLO PUIG, "Derecho Administrativo Sancionador de las Comunidades Autónomas", op. cit., p. 52.

[441] Así lo denuncia, entre otros, J. Mª. AYALA MUÑOZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las Comunidades Autónomas: las especialidades del procedimiento administrativo sancionador en la normativa autonómica", op. cit., p. 652.

[442] Quedando al margen un tema capital como es el de las implicaciones del deber legal de coordinación y colaboración de las Administraciones Públicas en materia sancionadora a que se refiere, entre otros, J. Mª. AYALA MUÑOZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las Comunidades Autónomas: las especialidades del procedimiento administrativo sancionador en la normativa autonómica", op. cit., pp. 636 y ss.

La obsesión, en este sentido, del legislador estatal por preservar las garantías jurídicas de los ciudadanos frente a la acción sancionadora de las Administraciones Públicas se salda, finalmente, como se ha subrayado *supra*, con la aprobación del Título IX de la LRJAP y PAC, en el que cristalizan, a modo de límites y contrafuertes, aquellos principios que habrían de delimitar, fundar y encauzar la actividad sancionadora de las Administraciones Públicas, sin prestar mayor atención o efectuar un esfuerzo significativo para la concreción, no obstante, de aquellos otros contenidos y consideraciones que, si bien de menor trascendencia en el plano de los grandes principios, habrían de repercutir, sin lugar a dudas, en una mayor operatividad y eficacia del sistema sancionador administrativo[443].

Cabe comprender, siguiendo en este punto a Alarcón Sotomayor, que la potestad para tipificar infracciones y sus correspondientes sanciones refuerce la autonomía de Comunidades Autónomas y entes locales y sea objeto, en tal sentido, de una regulación peculiar y diversa en su aplicación al ámbito territorial autonómico correspondiente, sin que quepa afirmar lo mismo, no obstante, de la regulación del procedimiento sancionador, que en cuanto vehículo para garantizar el respeto de los derechos esenciales del administrado ante el ejercicio administrativo de la potestad sancionadora exige de una mayor atención por el legislador estatal y uniformidad en sus contenidos y regulación esencial[444].

Lo contrario, esto es, la multiplicación y dispersión actual de los procedimientos sancionadores, no presenta especiales ventajas, sino todo lo contrario, en cuanto contribuye a convertir nuestro ordenamiento en una maquinaria absolutamente indominable, en la que resulta kafkiana la labor interpretativa que debe realizar el operador jurídico "simplemente para descubrir la norma procedimental aplicable en un determinado asunto"[445].

[443] En este sentido, J. PEMÁN GAVÍN, "La regulación de la potestad sancionadora de la Administración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: notas sobre su tramitación parlamentaria", *RAP*, núm. 132, septiembre-diciembre 1993, p. 414.

[444] Sostiene L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 69, que en este punto "lo más conveniente para las Administraciones y para los administrados, por la facilidad y seguridad que les aporta, es que haya pocas normas sobre procedimiento y pocos procedimientos".

[445] J. OLIVÁN DEL CACHO, *Procedimiento sancionador y Estado autonómico*, op. cit., p. 16. De "total disparate" surgido "desde la más absoluta ignorancia de lo que es un ordenamiento moderno", lo califica F. GONZÁLEZ NAVARRO, "El «Big-Bang» del procedimiento administrativo sancionador común", op. cit., pp. 230 y ss.

Es ahí donde radica la principal paradoja del Derecho Administrativo sancionador actual, que no es otra, en definitiva, que su precariedad, en otras palabras, sus muchas carencias, silencios y lagunas pese a la abundancia normativa que caracteriza hoy en día su regulación[446]. De ahí la pervivencia y pertinencia actual de la reivindicación doctrinal de una ley general que, aun a riesgo de petrificar en algunos aspectos la evolución del Derecho administrativo sancionador, contribuya a solucionar de forma efectiva alguna de sus disfuncionalidades más notorias[447].

2. La parcelación subjetiva del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.

Resulta inherente al Derecho Administrativo sancionador la superposición de fracturas en direcciones diversas, por cuanto a la incidencia indudable que tiene sobre su articulación la sanción constitucional del nuevo modelo territorial autonómico, se une, además, la parcelación o segmentación, desde una perspectiva propiamente subjetiva, de su titularidad y, por ende, ejercicio[448].

No en vano, la potestad sancionadora no es sino una potestad administrativa más, susceptible de atribución legal previa a cualquiera de las Administraciones Públicas que coexisten y conviven en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, a la potestad sancionadora de la Administración General del Estado, debe sumarse la de titularidad autonómica, la correspondiente a las diversas corporaciones locales y,

446 A. EZQUERRA HUERVA, "Regulación de la potestad sancionadora", op. cit., p. 972, contrapone, en este sentido, "la copiosidad y el detalle en la tipificación de infracciones y sanciones" que caracteriza al Derecho administrativo sancionador español con la "pobreza regulatoria de las garantías que, además de condicionar o enderezar la actuación punitiva de la Administración Pública, tutelen los derechos de los ciudadanos en general y de los presuntos infractores en particular".

447 Así, M. REBOLLO PUIG, "Derecho Administrativo Sancionador de las Comunidades Autónomas", op. cit., p. 43, para quien se trata de una opción legislativa "no sólo lícita sino probablemente deseable", entre otras razones porque sería "el medio más idóneo para que el Derecho Administrativo sancionador del Estado y de las Comunidades Autónomas no respondiera a criterios innecesariamente diversos". En idéntico sentido, entre otros, M. MONTORO PUERTO, "Implicaciones del principio de tipicidad de infracciones administrativas en la legislación de las Comunidades Autónomas", *AA*, núm. 39, 20-26 de octubre de 1986, p. 2.226; y, J. OLIVÁN DEL CACHO, *Procedimiento sancionador y Estado autonómico*, op. cit., p. 14. Pese a todo, y aun defendiendo la necesidad de una ley general estatal, A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, op. cit., p. 376, sostiene que el ejercicio de todas las potestades legislativas por las Comunidades Autónomas "no ha sido desmesurado". También L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 70 y ss., concluye, en idéntico sentido, que el legislador "ha sido prudente", de forma que la situación, "aunque teóricamente no sea satisfactoria", no ha producido "todos los inconvenientes que se pudieron temer".

448 La potestad sancionadora constituye una manifestación del ejercicio del "poder de imperio" que contribuye a caracterizar y concretar la noción de "poderes públicos" que emplea la Constitución, tal y como destaca, a estos efectos, M. PULIDO QUECEDO, *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional anotada con jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2007, p. 419, a la luz de la jurisprudencia constitucional contenida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983, de 11 de mayo, FJ 3.

por lo que interesa a efectos de este trabajo de investigación, la de otro tipo de entes que, sin ser propiamente Administraciones Públicas territoriales, tienen reconocida legalmente, y matizada por una abundante jurisprudencia, la titularidad y el ejercicio de un poder sancionador de contenido y efectos netamente administrativos.

Y así, conviene recordar, siguiendo a García de Enterría y Fernández Rodríguez, que a resultas de su origen legal y no meramente negocial, las potestades y, en particular, por lo que interesa a estos efectos, la sancionadora, son "inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio […] Son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular; sólo la ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas"[449].

El artículo 127 de la LRJAP y PAC traslada este planteamiento de forma expresa al ámbito sancionador, respaldando con ello la posible distribución de la titularidad y el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, entendido en su sentido más amplio, entre una pléyade de órganos y entidades públicas diversas. Dispone este precepto, en su apartado primero, que "la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de ley".

Y es que, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de octubre de 1994 (Ar. 8086), "la potestad administrativa es un poder jurídico reconocido por el ordenamiento jurídico y su ejercicio exige que se concreten determinadas circunstancias fácticas determinantes del ejercicio de la potestad en el plano de la legalidad aplicable"[450]. Es más, la atomización de su titularidad es aún mayor por lo que se refiere, en particular, al ámbito sancionador, dado que la potestad sancionadora de la Administración está integrada, en expresión del Consejo de Estado, "por un haz de facultades básicas, a saber: la de establecimiento, la de imposición y la de ejecución", de forma que "tales facultades pueden concurrir conjunta o separadamente en cada Administración, y tienen un contenido o alcance variable"[451].

449 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 453.

450 Fundamento de derecho tercero.

451 Continúa recordando el alto órgano consultivo, en su Dictamen núm. 3547/1997, de 24 de julio, que "la facultad de establecimiento es, por esencia, normativa, y se refiere a la determinación de las infracciones

El fraccionamiento subjetivo de la potestad sancionadora deviene, en fin, en consecuencia lógica e inevitable de la correlativa pluralidad de Administraciones Públicas reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto no cabe ignorar la trascendencia de las razones pragmáticas que subyacen a la despenalización y consiguiente administrativización de las contravenciones menos graves al ordenamiento jurídico[452]. Tratándose claramente de un "poder de signo represivo", su finalidad no es otra que garantizar el mantenimiento del orden jurídico[453], por lo que la principal cuestión o incógnita que plantea como potestad administrativa no es tanto su existencia o justificación, sino el reconocimiento y la fijación de sus necesarios límites[454].

Una vez atribuida por ley la potestad sancionadora, el artículo 127 de la LRJAP y PAC dispone, en su apartado segundo, que su ejercicio "corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario". Su ejercicio presupone, en definitiva, como en el caso de cualquier otra competencia administrativa, su previa asignación normativa[455].

Es clara, en tal sentido, la doctrina del Tribunal Supremo, destacando, a estos efectos, el razonamiento recogido en su Sentencia de 16 de mayo de 2007 (Ar. 8353), en reiteración del expuesto por la anterior de 25 de abril de 2007 (Ar. 3216):

> «Tal como hemos dicho en reciente Sentencia de 25 de abril de 2007 (recurso de casación en interés de la Ley núm. 6805), el artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas ha de ser expresamente atribuida por una norma

y sanciones; la facultad de imposición, que presupone la previa constatación de una infracción, se refiere a la aplicación de las sanciones administrativas. La facultad de imposición comporta, además, la de imponer su ejecución. Normalmente coinciden ambas facultades en el mismo titular, que de esta forma ostenta la potestad sancionadora en su integridad; pero no tiene que ser necesariamente así". En idéntico sentido, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 130.

[452] Vid., en tal sentido, J. F. MESTRE DELGADO, "Sanciones administrativas", op. cit., p. 2.330.

[453] Bien el de la sociedad en su conjunto o el interior de la Administración, en expresión de J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., p. 20.

[454] Se ha tratado *supra* la difícil cuestión de la justificación y los límites a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. En cualquier caso, me remito al respecto, por todos, a A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 86 y ss.

[455] Así lo subraya, en particular, M. REBOLLO PUIG, "Competencia sancionadora y requisitos de los órganos que la ejercen y de sus titulares", en M. REBOLLO PUIG, M. IZQUIERDO CARRASCO, L. ALARCÓN SOTOMAYOR y A. Mª. BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 457. J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo II, pp. 1.296 y ss., deducen, incluso, sobre la base del enunciado de este artículo 127 de la LRJAP y PAC, la existencia de un supuesto principio general de "exclusividad de la competencia en materia sancionadora", por cuanto sólo podrá corresponder a los órganos que la tengan expresamente atribuida por la norma correspondiente.

> con rango de ley, y añade que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida por disposición de rango legal o reglamentario.
> No basta, por lo tanto, para que una Comunidad Autónoma ejerza efectivamente la potestad sancionadora en materia de aguas intracomunitarias que el correspondiente Estatuto de Autonomía atribuya esa potestad sancionadora (en el presente caso, así lo hacen los artículos 10.1.7º, párrafo segundo, y 15.2 c) del Estatuto de Autonomía de Asturias de 30 de diciembre de 1981, reformado por Ley Orgánica 1/1994, de 24 de marzo), sino que es necesario que una norma autonómica, legal o reglamentaria, atribuya esa potestad a un órgano determinado de la propia Comunidad Autónoma.
> Mientras eso no ocurra, ningún órgano administrativo autonómico concreto y específico puede ejercer la potestad sancionadora, que seguirá correspondiendo al Estado.
> No se trata, pues, de si han sido o no traspasados los servicios, sino de si hay o no atribución de potestad a órganos autonómicos concretos y determinados, lo que aún no ha ocurrido en el caso de Asturias.
> Y frente a ello no puede traerse a colación ni lo dispuesto en la Ley Estatal 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, (la cual no se refiere a los presupuestos para el ejercicio de la competencia sancionadora en materia de aguas), ni en la Disposición Adicional Segunda del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, (porque esta Disposición se refiere "al ejercicio" de competencias, lo que, como hemos visto, no ocurre aún en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias)»[456].

Para algunos autores se trataría, en definitiva, de la plasmación desde la perspectiva sancionadora, si bien desvirtuada y con las lógicas matizaciones que exige el ámbito administrativo, del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley que sanciona a estos efectos el enunciado del artículo 24.2 de la Constitución[457].

[456] Fundamento de derecho cuarto.

[457] Sobre las manifestaciones en materia sancionadora de la competencia administrativa y las exigencias inherentes al "derecho al Juez legal" que se trasladarían a la esfera de la Administración si se entendiera que el artículo 127.2 determina su interpolación al procedimiento administrativo sancionador, vid. J. GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., pp. 180 y ss.; y, J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo II, pp. 73 y ss.

Entiendo, por el contrario, siguiendo en este punto a Alarcón Sotomayor[458], que si bien la ley limita la imposición de sanciones al órgano administrativo que en cada caso tenga atribuida la competencia, no se trata más que de una regla general del Derecho Administrativo en aplicación de la cual la sanción administrativa resultará nula, conforme al artículo 62.1 b) de la LRJAP y PAC, caso de ser impuesta por un órgano administrativo que carezca manifiestamente de la habilitación normativa imprescindible para decretarla por razón de la materia o del territorio; si la causa de incompetencia fuera, en cambio, meramente jerárquica, desembocaría en un simple supuesto de anulabilidad de la resolución sancionadora, al igual que en cualquier otra actuación o procedimiento administrativo de naturaleza diversa.

Es más, aunque es cierto que la atribución de la potestad sancionadora debe ser realizada por norma con rango de ley, no cabe olvidar que la distribución y asignación de la competencia concreta de los órganos que tramitan y resuelven los procedimientos sancionadores puede ser efectuada por norma meramente reglamentaria, por lo que cualquier paralelismo con el derecho vigente en el ámbito penal al juez legalmente predeterminado carece, en última instancia, de un predicamento y fundamento realmente sólidos[459].

Ha tenido ocasión de pronunciarse, asimismo, al respecto el Tribunal Constitucional. En su Sentencia 22/1990, de 15 de febrero, sostiene de forma categórica que "el derecho al Juez ordinario es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo porque, sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo".

La Ley 30/1992, diferencia, en definitiva, la atribución de la titularidad de la potestad, que habrá de realizarse por ley, de la asignación, en sentido estricto, de la competencia para su ejercicio concreto, ámbito en el que se permite la entrada,

[458] Vid., por todos, L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 83 y ss. En idéntico sentido, P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., pp. 157 y ss.

[459] Más aún si consideramos que en el ámbito judicial existe el derecho a reclamar la imparcialidad e independencia absolutas del juez, cosa que, como bien se comprende, resulta un contrasentido en el ámbito administrativo, en el que inicia, impulsa y resuelve el procedimiento una de las partes directamente implicadas en la relación jurídica que se establece entre Administración sancionadora y ciudadano susceptible de ser sancionado. Y así, aunque el ordenamiento jurídico administrativo procura garantizar cierta imparcialidad sancionando la distinción y diferenciación entre órgano instructor y resolutorio, no cabe duda alguna que no se establece ni garantiza en momento alguno una auténtica independencia del órgano administrativo sancionador al modo de la independencia judicial. Vid., con mayor profundidad, M. REBOLLO PUIG, "Competencia sancionadora y requisitos de los órganos que la ejercen y de sus titulares", op. cit., pp. 462 y ss.

en cambio, de la disposición reglamentaria[460], sin perjuicio, lógicamente, de la posible operatividad de las distintas técnicas de alteración del ejercicio de la competencia que permite nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, de la delegación o desconcentración de competencias en órganos diversos[461].

La supuesta contradicción que supone, en todo caso, que el artículo 10.1 del REPEPOS obvie cualquier referencia al órgano administrativo competente para remitirse, por el contrario, a las competencias sancionadoras de las correspondientes "unidades administrativas"[462], no plantea especial dificultad a nuestros efectos por cuanto queda salvada con una interpretación integradora de la LRJAP y PAC y del REPEPOS. Los artículos 11, 21 y 127, apartados 1 y 2, de la primera no permiten otra opción o conclusión, en este sentido, que apuntalar lo expuesto hasta aquí, correspondiendo, en definitiva, a la Administración Pública titular de la potestad distribuir la competencia sancionadora para su ejercicio entre sus órganos, los cuales dirigen, a su vez, la actuación concreta de las diversas unidades administrativas que los integran[463].

En cualquier caso, y aunque en principio la competencia para sancionar corresponde siempre por definición a un órgano administrativo, la dispersión subjetiva implícita en la posible titularidad de la potestad sancionadora impone tomar en consideración la existencia de auténticas sanciones equiparadas en todo a las administrativas e impuestas, sin embargo, por órganos que no pertenecen propiamente al ámbito de la Administración Pública. Así, las sanciones derivadas del

[460] Distingue, en fin, en términos de Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., p. 46, entre el *prius* que constituye la potestad y el *posterius* que es la competencia. A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 148, recuerda, en idéntico sentido, como la titularidad de la potestad administrativa sancionadora corresponde siempre a una Administración Pública, pudiendo verse interferido después su ejercicio *stricto sensu*, sin embargo, por la actuación judicial.

[461] Sobre la problemática empleada por su puesta en práctica y, en particular, por la modificación de la LRJAP y PAC en 1999 para dar cabida a la delegación en el ámbito de la competencia sancionadora, vid., por todos, J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo I, pp. 74 y ss., y, Tomo II, pp. 1.298 y ss.; P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., pp. 158 y ss.; J. OLIVÁN DEL CACHO, *Procedimiento sancionador y Estado autonómico*, op. cit., pp. 79 y ss.; y, M. REBOLLO PUIG, "Competencia sancionadora y requisitos de los órganos que la ejercen y de sus titulares", op. cit., pp. 459 y ss.

[462] Dispone el artículo 10.1 del REPEPOS que "a efectos de este Reglamento, son órganos administrativos competentes para la iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores las unidades administrativas a las que, de conformidad con los artículos 11 y 21 de la LRJAP y PAC, cada Administración atribuya estas competencias, sin que puedan atribuirse al mismo órgano para las fases de instrucción y resolución del procedimiento". El artículo 11 de la LRJAP y PAC recoge, a su vez, los requisitos necesarios para la creación de órganos administrativos, refiriéndose el artículo 21 de la Ley a las instrucciones y órdenes de servicio para sancionar expresamente, en su apartado primero, que "los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio".

[463] En este sentido, con mayor profundidad, J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., Tomo II, pp. 1.296 y ss. Se trata, en fin, de una interpretación acorde a lo ya reseñado por el Consejo de Estado en su Dictamen de 10 de junio de 1993, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

ejercicio de la potestad sancionadora por diversos órganos del Estado no insertos en una Administración o por entidades cuya consideración como Administración resulta, cuando menos, controvertida, entre otros, por ejemplo, los supuestos particulares de las sanciones impuestas a sus colegiados por los colegios profesionales o las acordadas por asociaciones de configuración legal que ejercen potestades sancionadoras propiamente públicas[464].

Ciñéndonos al ámbito administrativo, la parcelación y difusión subjetiva de la titularidad y del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora supone su reconocimiento no sólo en manos de las Administraciones Públicas propiamente territoriales, esto es, la estatal, la autonómica y la local, sino también de aquellas otras de naturaleza no territorial, entre las que se incluyen, en particular, los entes instrumentales de naturaleza institucional y las corporaciones de derecho público.

Ahora bien, aun presuponiendo esta fragmentación subjetiva, lo cierto es que "el contenido de tal potestad se va debilitando conforme se desciende en la escala de la territorialidad", o, dicho en otros términos, se va modulando y matizando, al menos desde una perspectiva propiamente normativa, por lo que se refiere, en definitiva, a la facultad de regular, de concretar y definir, infracciones y sanciones. Otra cosa es que esta potestad sancionadora de las Administraciones Públicas no territoriales pueda ir acompañada, desde una perspectiva eminentemente material, de una "mayor amplitud e intensidad de contenido" en cuanto al catálogo particular de infracciones y sanciones previsto para el ámbito material o sectorial correspondiente[465].

No en vano, la evolución y regulación actual de los entes institucionales y corporativos sanciona la pervivencia de las singularidades que los caracterizaron en sus orígenes y que propiciaron su temprana identificación con la Administración Pública y con la satisfacción, en definitiva, de un interés general. Ocupan, cada uno a su manera, un lugar destacado, si bien polémico, por diversas razones, en el universo de la persona jurídica, encontrándose sometidos por el ordenamiento jurídico a un régimen plagado de singularidades más bien propias, en ocasiones, del ámbito del Derecho privado.

[464] Vid. M. REBOLLO PUIG, "Competencia sancionadora y requisitos de los órganos que la ejercen y de sus titulares", op. cit., pp. 61 y ss.

[465] Los entrecomillados corresponden a A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 122 y ss. Se volverá sobre ello *infra*.

Y es que la complejidad inherente a su naturaleza se debe, en última instancia, a la convivencia en su seno de rasgos pertenecientes tanto al ámbito público como privado. De ahí la dificultad de precisar, en ocasiones, su naturaleza jurídica, el régimen jurídico que les resulta de aplicación o las reglas que han de pautar su posible ejercicio de potestades administrativas[466].

Y así, conviene recordar, siguiendo en este punto a García de Enterría y Fernández Rodríguez, cómo la teoría de las personas jurídicas se articula sobre la distinción básica y esencial entre corporación e institución, erigiéndose el protagonismo y la trascendencia de los miembros en la corporación frente al papel del fundador o "instituidor" en la institución, en el rasgo fundamental que habrá de definir y diferenciar a cada una de estas categorías[467].

Conforme a este planteamiento, la corporación está formada por unos miembros que son "los titulares de los intereses a los que el grupo va a servir, aunque se trate de sus intereses comunes y no particulares; […] son quienes organizan el ente, en el sentido también de que es su voluntad la que va a integrar la voluntad propia del ente a través de un proceso representativo". En la institución, en cambio, no existen propiamente miembros "aunque eventualmente pueda haber interesados, o destinatarios de la actividad, o usuarios de las prestaciones que dichos entes proporcionan". Las instituciones son, en definitiva, creaciones de un fundador o "instituidor" que es quien "dispone los medios materiales y personales que quedan afectos al cumplimiento de este fin, así como el que decide con su voluntad la constitución de los órganos propios del ente y, por tanto, derivativamente, el que constituye la propia voluntad del ente"[468].

La incorporación de esta doctrina general a nuestro ordenamiento jurídico se efectúa en el artículo 35 del Código Civil, que recoge las distintas formas que en nuestro Derecho puede revestir la persona jurídica, diferenciando las categorías que en su enunciado se establecen en función del interés público o particular que se manifieste en cada una de ellas. Distingue así, de un lado, entre "corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley", y, de otro,

[466] En este sentido, M. PULIDO QUECEDO, *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional anotada con jurisprudencia*, op. cit., pp. 420 y ss., destaca la dificultad y complejidad de calificar a un ente como público o privado ante la ausencia de una calificación legal expresa al respecto, dada la actual interpenetración constitucional entre Estado y Sociedad, que trasciende, en última instancia, al campo de lo organizativo y de la calificación de los entes.

[467] Sobre la evolución de la teoría de las personas jurídicas y las aportaciones realizadas a la misma por la doctrina alemana, vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, pp. 388 y ss.

[468] E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 389.

"asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados".

El traslado de este esquema general al ámbito particular de los entes institucionales y corporativos, nos permite identificar a los primeros con aquellas personificaciones instrumentales de interés público que son creadas por una Administración territorial para el ejercicio descentralizado, y en ocasiones sujeto a régimen jurídico privado, de alguna de sus competencias propias; siendo las corporaciones de derecho público, en cambio, entes de base asociativa en los que la presencia de un interés público o general que trasciende del meramente particular de sus miembros, motiva la adición de un plus en cuanto a su personificación y régimen jurídico administrativo respecto a otras asociaciones estrictamente privadas[469].

La titularidad y el posible ejercicio de la potestad administrativa sancionadora por parte de unos y otros están, en cualquier caso, como se verá *infra*, fuera de toda duda, por cuanto el artículo 127 de la LRJAP y PAC así lo ampara, y sus normas específicas de creación y regulación lo contemplan. Plantea, no obstante, importantes problemas interpretativos. Y es que el régimen jurídico inaugurado por la Ley 30/1992, para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa resulta insuficiente y plantea deficiencias graves de por sí, muchas de las que han sido tratadas *supra*, a las que se suman, en última instancia, y por lo que se refiere a su ejercicio particular por los entes institucionales y corporativos, las más que discutibles flexibilizaciones y modulaciones sancionadas hasta ahora por la jurisprudencia en la aplicación de los principios generales del Derecho administrativo sancionador a los procedimientos de esta naturaleza iniciados por tales sujetos[470].

[469] Para T. POU VIVER, "Instituciones", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1968, p. 62 y p. 66, la institución es aquella persona pública no territorial que "es detectable a través de los fines que cumple", diferenciándose de la corporación "atendiendo a su estructura y especialmente a si la persona pública ha sido creada para el cumplimiento de un fin específico o, por el contrario, puede llevar a término el cumplimiento de cualesquiera fines de los miembros que la integran".

[470] J. F. MESTRE DELGADO, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", op. cit., pp. 2.498 y ss., se hace eco del reconocimiento tradicional, tanto por la legislación, como por la doctrina y la jurisprudencia, de la existencia de la potestad sancionadora a favor de cada una de las Administraciones Públicas, incluidas las no territoriales, prolongando este *statu quo* la Constitución y planteándose el problema respecto al "momento en que se atribuye la potestad" y el "control del modo de su ejercicio". Para el autor no cabe duda alguna que "las exigencias de los principios constitucionales, y en particular el de legalidad de las infracciones administrativas, se erigen en los parámetros fundamentales para contrastar la validez o irregularidad de la competencia y de su ejercicio" en estos casos.

V. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LOS ENTES INSTITUCIONALES

La primera dificultad que se plantea al abordar el estudio de la titularidad y del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora por parte de la Administración institucional es, precisamente, el de la correcta denominación y definición de los diversos entes que integran esta polémica categoría. No en vano, su proliferación, la singularidad y especificidad del estatuto y del régimen jurídico aplicable a buena parte de estas entidades dificultan en gran medida su estudio apriorístico desde una perspectiva general o común a todas ellas.

Se han caracterizado y distinguido, tradicionalmente, por la instrumentalidad a que obedece, en última instancia, su propia creación, por cuanto responden a un claro propósito de descentralización funcional de cometidos y servicios propios de una Administración territorial matriz[471]. El criterio territorial se erige así en

[471] Son varios los hitos legislativos que han procurado la sistematización de la Administración institucional del Estado. Cada uno de ellos ha pretendido racionalizar y reconducir, en fin, la enorme variedad de entes institucionales a una tipología común. Cabe destacar, a estos efectos, la Ley de 26 de diciembre de 1958, de Entidades Estatales Autónomas; la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria y su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre; la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE); y, por último, la concepción y sistematización del sector público que ofrece la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que si bien contrae su disciplina tan sólo al "régimen presupuestario, económico, financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero del sector público estatal", es, en opinión de F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", en F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID (Dir.), *Administración institucional*, CGPJ, 2004, p. 124, "la norma más ambiciosa en cuanto al objetivo mismo de clasificar las distintas entidades, públicas y privadas, que componen dicho sector". Vid., pese a fundarse en normativa ya derogada, el profundo estudio desarrollado en este sentido sobre el concepto de Administración institucional, su evolución, personificación jurídica, tipología y régimen jurídico, por F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987.

muga que contribuye, desde un primer momento, a separar dos ámbitos administrativos de primer orden, como son los de las Administraciones territoriales, de un lado, y el de aquellas otras que, alcanzando, de otro, la consideración de Administraciones Públicas *per se*, son tildadas o conocidas, en cambio, como Administraciones Públicas no territoriales.

Así se recoge, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1983 (Ar. 3986), al recordar que "entre los criterios de distinción de las personas jurídico-públicas, el primero de ellos se formula en razón de la diversa función que el territorio puede desempeñar en la configuración misma del ente, contraponiendo el par de conceptos entidades territoriales entidades no territoriales", siendo así que "en las primeras, el territorio aparece como algo que afecta esencialmente a la naturaleza de la entidad, como un elemento constitutivo de la misma, inseparable ontológicamente de ella, con la cual está fundido de manera inseparable", mientras que "en las entidades no territoriales la función del territorio se reduce a la de constituir mero ámbito para el ejercicio de las competencias y potestades que recibe del ordenamiento jurídico". De esta forma, "para los primeros, el territorio no es sólo el ámbito especial en el que pueden ejercer válidamente sus competencias, sino un elemento constitutivo esencial, un presupuesto necesario, sin el cual no cabe imaginar la propia inexistencia de la entidad. Para las otras, el territorio es tan sólo el espacio físico en el que pueden desarrollar sus actividades y ejercer sus competencias. Y precisamente porque en los primeros el territorio constituye un elemento esencial, y este territorio es, al propio tiempo, territorio estatal, tales entidades juegan un papel fundamental en la división territorial del Estado"[472].

Desgrana el Tribunal a continuación aquellas diferencias que cabe apreciar sobre la base de este criterio distintivo entre las entidades territoriales y las no territoriales:

«a) los poderes jurídico-públicos de las primeras se extienden sobre la totalidad de la población existente en el territorio; las no territoriales sólo actúan sus poderes en relación con determinados habitantes que se encuentren dentro del espacio físico al que alcanza su competencia, y por razón exclusiva de conexión con alguno de los fines concretos para cuya satisfacción ha recibido esas competencias;
b) las territoriales se caracterizan por la universalidad de sus fines, y por ello, en principio, nada de lo que afecte a las personas que habiten su territorio les es ajeno; […] en los no territoriales, la regla general es la contraria, en el sentido de que rige para ellos el principio de especialidad de fines, frente al de generalidad y universalidad propio de las primeras;
c) precisamente por esa universalidad de fines, a las entidades territoriales se les atribuyen potestades jurídico-públicas más intensas que a las no territoriales, tales como la potestad expropiatoria, tributaria, aptitud de titularidad de dominio público, etc.»[473].

[472] Considerando tercero de la Sentencia apelada, aceptado por el Tribunal Supremo.

El de la territorialidad es, en cualquier caso, un criterio que, si bien discutido[474], facilita una primera distinción y aproximación, siquiera tímida, a un concepto más amplio y general de lo que ha de identificarse como Administración institucional; una realidad que, conviene recordarlo, resulta, sin lugar a dudas, extraordinariamente compleja en su articulación y funcionamiento concretos, dificultando la determinación y el deslinde de aquellos rasgos mínimos comunes a todo ente institucional.

La Administración institucional se erige, en definitiva, en un cajón de sastre, en una etiqueta aplicable a organizaciones sumamente diversas, que tienen en común su creación por voluntad de una Administración territorial matriz para satisfacer alguna de sus funciones propias de servicio público o intervención administrativa. La especialidad de sus fines y la dependencia de la Administración territorial correspondiente son así atributos comunes a todos los entes institucionales, que son, además, auténticas Administraciones Públicas *per se*, dotadas de personalidad jurídica propia e independiente de aquéllas[475]. Es precisamente la convivencia de estos dos rasgos, esto es, instrumentalidad y personalidad jurídica propia, la que contribuye a individualizar a los entes institucionales[476].

[473] Considerando cuarto de la Sentencia apelada, aceptado por el Tribunal Supremo.

[474] En este sentido, J. L. MEILÁN GIL, "La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo II, p. 988, quien lo califica de "criterio doctrinario convencional obsoleto".

[475] Estas características generales de la Administración institucional, enunciadas por R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, Tomo II, p. 227, contribuyen a diferenciarla de los entes territoriales, caracterizados, en expresión del autor citado, por su "autonomía política y vocación de competencia general". R. DE VICENTE DOMINGO, *Los entes instrumentales en las Leyes de Procedimiento y de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 54 y ss., ha subrayado la trascendencia de su identificación como Administraciones Públicas *per se* y no *secundum quid*, por cuanto implica la sumisión a los principios generales del Derecho Administrativo propios de la LRJAP y PAC y supone una unidad básica de régimen de las Administraciones territoriales y de los entes instrumentales de Derecho público.

[476] La doctrina ha denunciado, en cualquier caso, el empleo erróneo del criterio de la personalidad jurídica al respecto. Así J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, "La huida del Derecho Administrativo, la personalidad jurídica de las Administraciones Públicas y el principio de eficacia. Reflexiones", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo II, p. 1.009, quien no ha dudado en afirmar que la construcción de los entes instrumentales "en torno al concepto de la personalidad jurídica es, a mi juicio, un grave error cuyas consecuencias las pagamos cada día". También G. ARIÑO ORTIZ, *La Administración institucional (bases de su régimen*

El interés público que subyace a cada uno de estos entes, y el carácter instrumental que representa su creación y articulación por la Administración territorial matriz, permiten reconducir a la unidad la existencia de Administraciones Públicas diversas, territoriales y no territoriales, que si bien independientes, al menos desde la perspectiva formal por cuanto ambas gozan de personalidad jurídica propia, se encuentran vinculadas por una estrecha relación de dirección, control, de cierta dependencia incluso, consecuencia ineludible del citado carácter instrumental del ente institucional correspondiente[477]. No en vano, como subraya COSCULLUELA MONTANER, la plena operatividad de la personalidad jurídica de la Administración institucional se da tan sólo en sus relaciones *ad extra*, viéndose atenuada en sus relaciones *ad intra* con la Administración matriz por cuanto "salta al primer plano" el encuadramiento organizativo del ente en esta última[478].

Cabe citar como precedentes de la Administración institucional actual los hospitales reales de la Monarquía absoluta, así como las fábricas reales del siglo XVIII para el fomento de la industria por la Administración real o los establecimientos públicos que, procedentes del Derecho francés, se generalizaron en nuestro ordenamiento jurídico durante el siglo XIX[479]. Su consolidación y espectacular desarrollo

jurídico). Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, p. 50, denuncia las "desconsideradas manipulaciones" del concepto, refiriéndose al mismo R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, Trivium, Madrid, 1974, p. 27, como "artilugio", o J. Mª. BOQUERA OLIVER, "La sistematización del Derecho Administrativo desde la personalidad jurídica de la Administración del Estado", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo II, p. 839, como mera "etiqueta o calificación". Para F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., p. 130, estos juicios doctrinales pueden ser correctos desde un punto de vista material, si bien "no parece discutible que desde una óptica formal el atributo de la personalidad no admite medias tintas", en cuanto "no cabe la menor duda de que son un centro jurídico de imputación y poseen un poder de desenvolvimiento y de decisión que al menos *ad extra* luce significativamente". En idéntico sentido, T. QUINTANA LÓPEZ, "El sistema de fuentes de los organismos autónomos locales", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, p. 692, para quien esta personalidad es "incuestionable".

[477] De "reintegración a la unidad" habla J. L. MEILÁN GIL, "La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica", op. cit., p. 988. En idéntico sentido, F. GARRIDO FALLA, "Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, p. 31, para quien ente institucional y Administración territorial matriz constituyen un "complejo orgánico unitario", lo que otorga a la segunda "especiales poderes para intervenir en su constitución y funcionamiento".

[478] L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2008, Tomo I, p. 290.

[479] Sobre los orígenes, precedentes y evolución de los entes institucionales en el ordenamiento jurídico español, vid. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, pp. 228 y ss. También sobre esta cuestión, C. J. BONET GUTIÉRREZ, "Administración institucional. Tipología. Aproximación a su régimen jurídico", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 338 y ss. Se refieren, asimismo, al ritmo "exacerbado" de proliferación de entes institucionales, en particular durante el siglo XX, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, pp. 405 y ss.

posterior resulta incontestable, más aún tras la consagración constitucional de un nuevo centro territorial de poder, las Comunidades Autónomas[480], desembocando en una proliferación desmesurada, acompañada de la consiguiente disgregación y especialización, de establecimientos y entes públicos de caracteres absolutamente casuísticos, peculiares y diversos a los que ninguna de las sucesivas reformas legales habidas en la materia, independientemente de su significado, importancia e indudable trascendencia, parece haber sido capaz de sistematizar y reducir a unas categorías generales de perfiles comunes y predefinidos[481].

La polémica inherente a este tipo de entidades deriva, en todo caso, no sólo de su especificidad o singularidad, traducida en la articulación de un sistema fundado en un Derecho eminentemente estatutario, sino, en particular, de las causas que han motivado su nacimiento y multiplicación y en las que se ha amparado reiteradamente el recurso a su creación. Y es que las razones invocadas a estos efectos sufren escasas variaciones con el tiempo, si bien no siempre encuentran fiel reflejo en la realidad.

Y así, se suelen invocar motivos relacionados con la necesidad de una mayor flexibilidad y eficacia administrativa para justificar el reconocimiento de una nueva Administración institucional[482]. Objetivos no siempre cumplidos tras los que suele esconderse, en última instancia, una renuncia, siquiera parcial, al sistema y régimen jurídico propiamente administrativos, esto es, a sus rigores, exigencias de control y garantías más importantes[483]. De ahí las denuncias doctrinales a la

[480] A. PÉREZ MORENO, "Las entidades instrumentales en las Comunidades Autónomas", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo II, pp. 1.441 y ss., da noticia, en este sentido, de aquellas causas específicas que subyacen al hiperdesarrollo de entidades institucionales en las Comunidades Autónomas y que dan nuevo vigor a la proliferación y multiplicación de este tipo de entes.

[481] Sostiene en tal sentido T. POU VIVER, "Instituciones", op. cit., p. 63, que la "extraordinaria proliferación de personas públicas" producida en el siglo XX "no ha sido instrumentada, en términos generales, con la debida técnica jurídica". Una afirmación que, a la vista de la fragmentación, dispersión y casuística actualmente vigentes al respecto, cabe suscribir en el momento presente.

[482] Para T. POU VIVER, "Instituciones", op. cit., p. 68, son tres las causas esenciales que motivaron la aparición y creación de estos entes institucionales. De un lado, "posibilitar una gestión más flexible de ciertos fondos públicos", de otro, permitir "relaciones jurídicas con los administrados más flexibles y más próximas, por lo común, a las modalidades del Derecho privado", y, en fin, "el crecimiento súbito de la función pública administrativa, que encontró en la organización administrativa tradicional un instrumento ineficaz para los nuevos cometidos que se le exigían". Asimismo, sobre las variadas causas a las que responde su actual expansión, G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Administraciones instrumentales", en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 341 y ss.

[483] Se trata, en definitiva, del fenómeno que R. DE VICENTE DOMINGO, *Los entes instrumentales en las Leyes de Procedimiento y de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 24 y ss., ha tildado, con gran preocupación, de "moda desamortizadora del Derecho público". J. L. VILLAR PALASÍ, "Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, p. 176, ha destacado la paradoja que supone, en este sentido, la inversión de las categorías y caracteres propios del Derecho administrativo y mercantil, por cuanto en la actualidad "el Derecho mercantil

que se ha dado en denominar como huida del Derecho Administrativo o por algunos autores, incluso, como "auténtica apostasía" o "desbandada" del mismo[484].

La aprobación de la LRJAP y PAC y, en particular, de su artículo 2.2 parece augurar, si bien no una solución definitiva a los problemas planteados por la Administración institucional, sí al menos un cierto punto de inflexión respecto a los inconvenientes hasta aquí enunciados[485]. Y es que opta por convertir a las potestades públicas en fiel de la balanza en cuanto a la decisión sobre el régimen jurídico aplicable a este tipo de entes, por cuanto se erigen e identifican con ese mínimo irreductible al que habrá de ser siempre de aplicación el Derecho público.

De esta forma, dispone el precepto citado que "las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas [Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y Entidades que integran la Administración Local, conforme a su apartado primero] tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación"[486].

La aprobación posterior de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), profundiza en la línea expuesta, por cuanto la capacidad de obrar de cada una de estas entidades, en cuanto entes con personalidad jurídica pública diferenciada,

está sometido a controles legales […] que le asemejan al otrora naciente Derecho administrativo, en tanto que el Derecho administrativo va vaciando su ingrediente de garantía ante el postulado de la eficacia".

[484] Así, respectivamente, F. GARRIDO FALLA, "Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas", op. cit., p. 29; y, F. LÓPEZ MENUDO, "El Derecho administrativo como Derecho «especial» y «excepcional» de algunos entes públicos. Consecuencias", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, p. 566. Frente a ello, A. PALOMAR OLMEDA y F. DE MIGUEL PAJUELO, *El nuevo papel de la Administración General del Estado*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 146, reivindican las formas y las garantías aportadas por el Derecho Administrativo, abogando por un "justo medio admisible" a estos efectos, en cuanto la eficacia administrativa no puede ni debe perseguirse "a cualquier precio". Asimismo, con mayor profundidad sobre esta cuestión, R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, quien aborda, pp. 133 y ss., los criterios y factores determinantes para la elección de la forma organizativa jurídico-pública o privada de los entes instrumentales.

[485] Así, en particular, para R. DE VICENTE DOMINGO, *Los entes instrumentales en las Leyes de Procedimiento y de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., p. 46, para quien si es cierto que "no es un punto de arribada" en su regulación, también lo es que se trata de un "alto en el errático camino que está siguiendo su evolución en los últimos años".

[486] Sobre la problemática relación de esta norma básica con las normas de creación de entes institucionales, vid. R. DE VICENTE DOMINGO, *Los entes instrumentales en las Leyes de Procedimiento y de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 47 y ss.

se encuentra determinada por las potestades y competencias administrativas que tengan atribuidas en cada caso particular[487].

Conforme al artículo 2.3 de la Ley los organismos públicos, etiqueta genérica aplicada por la Ley a los entes institucionales del Estado, "tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado; dependen de ésta y se adscriben, directamente o a través de otro organismo público, al Ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine".

La LOFAGE aborda así la difícil tarea de "racionalizar y actualizar" la normativa dedicada a la tradicionalmente denominada Administración institucional del Estado, esto es, a todos aquellos entes instrumentales de Derecho público dependientes o vinculados a la Administración General del Estado para el desarrollo de múltiples cometidos conectados a su propia actividad. Así lo reconoce la propia exposición de motivos de la Ley que califica, además, de "inaplazable" esta labor ante el espectacular desarrollo de estas entidades en años precedentes[488].

Y, sin embargo, pese a la urgencia y trascendencia de semejante declaración, son varias las reformas experimentadas por la Ley desde su aprobación y más aún las incógnitas planteadas por la organización y el régimen jurídico aplicable a la articulación y el funcionamiento de cada ente institucional en particular.

En efecto, la Ley define los caracteres esenciales que habrán de servir para clasificar a cada ente institucional en particular a fin de encajarlo, en última instancia, en la abigarrada tipología de entes instrumentales de Derecho público que diseña al respecto, si bien confía un papel esencial, en tal sentido, a las normas creadoras y reguladoras de estas entidades instrumentales, por cuanto les corresponde definir en gran medida sus rasgos esenciales y régimen jurídico aplicable.

De esta forma, la propia LOFAGE lleva implícita en su enunciado la semilla que habría de motivar su destrucción. Al sancionar la singularización detallada del ré-

[487] Sobre las razones que imponían, en particular, la reforma efectuada por la LOFAGE, vid., por todos, L. PAREJO ALFONSO, "La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 46 y ss.

[488] Se refiere, en particular, a esta "pretensión racionalizadora y globalizante" de la LOFAGE, F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, "Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, p. 403; trabajo publicado después en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y E. ÁLVAREZ CONDE (Dirs.), *Estudios sobre la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 153 y ss., con las correcciones y modificaciones introducidas por la legislación posterior.

gimen jurídico de cada entidad institucional por sus normas creadoras y reguladoras está abriendo la puerta a un Derecho estatutario sumamente particularizado[489], más aún como se verá *infra* respecto de las Administraciones independientes, por lo que, pese a las buenas intenciones del legislador confesadas en su exposición de motivos, la situación actual de la Administración institucional se caracteriza por la auténtica eclosión y proliferación de todo tipo de entes instrumentales bajo formas y regímenes normativos absolutamente diversos. No cabe, en fin, sino concluir el fracaso de cualquier intento de sistematización ante la vigente disgregación y dispersión del régimen jurídico que les resulta de aplicación[490].

Una situación que, como se verá a continuación, no ha conseguido remediar siquiera el alumbramiento de la nueva fórmula organizativa de la agencia por Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

En cualquier caso, no hay que olvidar que, tal y como establece el artículo 1.2 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), todas estas entidades de Derecho público tienen la consideración, a efectos de la citada Ley, de Administraciones Públicas independientemente de su Administración territorial matriz, esto es, al margen de su posible vinculación y dependencia de la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas o las corporaciones locales[491].

A) TIPOLOGÍA INSTITUCIONAL Y TITULARIDAD DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA.

Bajo la denominación de organismos públicos se cobijan, conforme al artículo 41 de la LOFAGE, "los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, para la realización de cualquiera de las actividades previstas en el apartado 3 del artículo 2, cuyas características justifiquen su organización

[489] F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., p. 143, ha calificado la creación de organismos públicos por ley de "arma de doble filo".

[490] Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 405, la proliferación de estos entes institucionales denota, precisamente, la artificiosidad y ausencia de sustrato real de esta *multiplicatio entium*.

[491] Como es lógico, y ante la imposibilidad de abordar con solvencia la inmensa pléyade de entes públicos integrados bajo la categoría de Administración institucional sin perjuicio de su posible vinculación a ámbitos territoriales diversos, se aborda aquí, por razones evidentes, la problemática planteada con carácter general por la titularidad y el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora por parte de las diversas categorías en que se insertan aquellos entes institucionales creados y supeditados, en particular, a la Administración General del Estado.

y desarrollo en régimen de descentralización funcional". De acuerdo con este último precepto citado, podrán tener por objeto, en concreto, "la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado".

La Ley sanciona así en el ámbito institucional, bajo la etiqueta genérica de "organismos públicos", una cierta flexibilidad organizativa acorde a la pluralidad de fines públicos que están llamados a asumir las entidades de naturaleza instrumental a resultas de su creación por la Administración General del Estado. De esta forma, a cada tipo de actividad a desarrollar por el sector público correspondería, en definitiva, una forma de personificación específica prevista por el legislador en la LOFAGE.

Y así, a la organización ministerial, encargada, como es lógico, de las tareas de naturaleza propiamente gubernativa, se superponen otras Administraciones Públicas instrumentales o institucionales, de naturaleza por tanto no territorial, clasificadas, por un lado, en organismos autónomos, esto es, en entidades de Derecho público a las que se confían actividades típicamente administrativas y, por otro, en entidades públicas empresariales, empresas que actuando en el ámbito de la actividad propiamente económica ejercen al mismo tiempo determinadas potestades administrativas. A esta distinción inicial se sumarían, en fin, aquellas sociedades mercantiles que, si bien creadas en el ámbito público, están regidas, sin embargo, por el Derecho privado y centradas en desarrollar actividades pura y estrictamente económicas[492].

Este planteamiento teórico, de claridad meridiana *a priori*, se complica notablemente, no obstante, como consecuencia del reconocimiento por la propia Ley de una multiplicidad de situaciones excepcionales que escapan de su propia disciplina, esto es, del régimen jurídico diseñado por el legislador en 1997 para la organización y el funcionamiento de los organismos públicos clasificados, en principio, en organismos autónomos y entidades públicas empresariales[493].

[492] Así lo resalta L. ORTEGA ÁLVAREZ, "La nueva Ley española de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, p. 265.

[493] No en vano, siguiendo en este punto a F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., pp. 98 y ss., "una cosa es «clasificar» y otra lograr darle a cada categoría un régimen jurídico suficiente y homogeneizador". Para A. BETANCOR RODRÍGUEZ, "Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, p. 476, ello "supone repetir el error que condenó al fracaso la LEEA".

Y así, a las sociedades mercantiles estatales, ya aludidas, contempladas por la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE[494], se suman, asimismo, las previsiones contenidas en las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava a Undécima, en las que se detalla un régimen jurídico absolutamente singular y particularizado para un buen número de entidades concretas[495]. En particular, para las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social[496], el Banco de España y los Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito[497], la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes[498], determinados Organismos públicos, entre los que se encuentran la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Corporación RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, el Museo Nacional del Prado

494 Que se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa pública presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. Esta Disposición establece, asimismo, el alcance del Derecho privado y los supuestos excepcionales de aplicación del Derecho público a las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, y a la Corporación de Radio y Televisión Española, como sociedad autónoma estatal dotada de especial autonomía respecto de la Administración General del Estado.

495 F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, "Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y E. ÁLVAREZ CONDE (Dirs.), op. cit., p. 178, califica de "vana" la pretensión de la Ley de unificar el régimen jurídico de los organismos y entidades públicas de la Administración estatal, y racionalizar su régimen jurídico, ante su consagración de "un amplio espectro de Derecho estatutario o *ius singulare* aplicable a un extenso número de organizaciones jurídico-públicas".

496 Conforme a la Disposición Adicional Sexta de la Ley a las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones de la LOFAGE relativas a los organismos autónomos, salvo a su régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, así como al relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica, en que será de aplicación el establecido por su legislación específica, por la Ley General Presupuestaria en las materias que sea de aplicación y supletoriamente por la propia LOFAGE.

497 La Disposición Adicional Octava establece que se regirán por su legislación específica.

498 De acuerdo con la Disposición Adicional Novena de la Ley continuarán rigiéndose por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE. Para L. PAREJO ALFONSO, "La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia", op. cit., p. 57, la agrupación que realiza esta Disposición de organizaciones heterogéneas da la impresión de convertirla en un "cajón de sastre forzado por la dinámica misma del forcejeo inherente a la implantación del sistema y en el que se ha incluido cuando no ha podido «encajarse» en el mismo".

y el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía[499], o el "Organismo autónomo" Correos y Telégrafos[500].

A ello se superpone, además, la fragmentación resultante del régimen jurídico previsto por la Disposición Transitoria Tercera para la adaptación de organismos autónomos y demás entidades de Derecho público preexistentes a las previsiones de la LOFAGE, por cuanto otorga un plazo máximo de dos años, a partir de la entrada en vigor de la Ley, para que concluya el citado proceso de adaptación, reconociendo expresamente, en su apartado segundo, la posibilidad de pudiera implicar, mediante la aprobación de la norma correspondiente con rango de ley, la incorporación de "peculiaridades respecto del régimen general de cada tipo de organismo en materia de personal, contratación y régimen fiscal"[501].

La tipología resultante del Título III de la LOFAGE, artículos 41 a 65, se caracteriza así, en consecuencia, por su insuficiencia para responder y explicar la variedad de entes creados en régimen de descentralización funcional bajo dependencia o vinculación de la Administración General del Estado. No en vano, representan una constelación heterogénea de entes en los que resulta sumamente variable la intensidad o incluso la presencia misma del Derecho público[502], erigiéndose, en

499 La Disposición Adicional Décima establece que se regirán por su legislación específica y supletoriamente por la LOFAGE, estando sujetos, en todo caso, a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria. Contempla, asimismo, en su apartado 2, la posible creación por el legislador a partir de la entrada en vigor de la LOFAGE de nuevos organismos públicos a los que se les reconozca expresamente por una ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, remitiendo su regulación a su normativa específica "en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía" y sujetando los demás extremos y, en todo caso, su régimen de personal, bienes, contratación y presupuestación, a las prescripciones de la LOFAGE y a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria.

500 Pese al rótulo de la Disposición Adicional Undécima, el Organismo autónomo Correos y Telégrafos tiene la condición de entidad pública empresarial, rigiéndose por la LOFAGE y por las prescripciones específicas que establece al respecto el artículo 99 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

501 Se crea con ello, en opinión de J. Mª. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, "Entidades públicas empresariales", en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y E. ÁLVAREZ CONDE (Dirs.), *Estudios sobre la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, CGPJ, Madrid, 1999, p. 113, un "tercer género en vías de expansión" que consagra "importantes singularidades que vacían de contenido el propósito de la reforma".

502 Así lo ha denunciado F. GARRIDO FALLA, "Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas", op. cit., p. 29, ante el "auténtico universo de personas jurídicas públicas" de variada naturaleza y régimen jurídico, "cuyo denominador común no resulta fácil determinar" y, p. 45, las continuas modificaciones orgánicas administrativas sin límite constitucional o legal alguno. En idéntico sentido, C. J. BONET GUTIÉRREZ, "Administración institucional. Tipología. Aproximación a su régimen jurídico", op. cit., p. 351, quien crítica la ausencia de límite alguno en el sistema actual que pueda impedir a la Administración matriz acudir a formas de personificación diferentes de las contempladas en ella.

definitiva, en "galaxia" que aboca a un "cierto vértigo" tanto por el "enorme número" de entidades que la integran como por su "diversidad y amorfía"[503].

Y es que la posibilidad de que la Administración territorial matriz opte por la creación de un organismo público *stricto sensu* de la LOFAGE, ya sea organismo autónomo, entidad pública empresarial o, desde la aprobación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, agencia estatal, convive con su admisible articulación de una de las denominadas como fundaciones públicas sanitarias, creadas y reguladas por el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, o con su utilización factible de las vías abiertas por el Derecho privado para la creación de personas jurídicas societarias o, incluso, fundacionales. Por si fuera poco, a ello se superpone, en fin, el posible reconocimiento y articulación por el legislador, en la propia LOFAGE o en otro cuerpo legal diverso, de entes atípicos, esto es, de entidades de naturaleza y régimen jurídico absolutamente singulares, dotados en muchas ocasiones de cierta autonomía o independencia respecto a su Administración matriz y con un perfil, incluso, marcadamente regulador[504].

Esta situación desemboca, en última instancia, en la singularidad más absoluta, en la existencia de cientos de regímenes particulares en los que se entremezclan aspectos de Derecho público y privado[505], redundando, en consecuencia, en una inevitable confusión conceptual y, lo que es aún peor, en una irrefrenable tendencia a un Derecho eminentemente estatutario, por lo que se refiere a la organización estructural instrumental, y, por ende, completamente fragmentado y falto de un criterio

503 F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., p. 96. Para J. Mª. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, "Entidades públicas empresariales", op. cit., p. 113, ello aboca, en última instancia, a que la LOFAGE, que "debería ser el Derecho común", se convierta, en cambio, "en Derecho supletorio de carácter subsidiario".

504 La precariedad que implica la coexistencia de tantos regímenes particulares y diversos se acentúa aún más si tomamos en consideración que la inclusión de un ente en un tipo u otro responde a una decisión discrecional del legislador, que puede cambiar de opinión y, por ende, de tipo institucional para el ente correspondiente en cualquier momento. Así lo subraya, entre otros, L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 293, para quien la legislación estatal ofrece en este ámbito "todo un ejemplo de una política inflacionista, errática y coyunturalista".

505 A. PALOMAR OLMEDA, "La organización instrumental pública en el ámbito de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, p. 418, resulta contundente en su crítica cuando afirma que "la LOFAGE adolece de un elemento esencial y necesario para que la disciplina y orden organizativo sean reales"; no es otro que el "establecimiento de un límite funcional entre lo público y lo privado", entre las formas de gestión sometidas, en definitiva, a cada uno de estos regímenes. F. SOSA WAGNER, "Servicio público y el papel de la nueva Administración", en F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID (Dir.), *Administración institucional*, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 258 y ss., da noticia de la vigilancia que el Tribunal de Luxemburgo ha ejercido en orden a la aplicación, en este sentido, de las Directivas comunitarias a las organizaciones formalmente privadas pero controladas de hecho por algún poder público. Asimismo, sobre el criterio funcional de poder público del que hacen uso al respecto tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, R. DE VICENTE DOMINGO, *Los entes instrumentales en las Leyes de Procedimiento y de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 31 y ss.

claro de ordenación[506]. En estas circunstancias, no hay duda que cualquier intento de sistematización deviene inútil, por cuanto los inconvenientes apuntados representan quiebras, "desfallecimientos" en expresión de PAREJO ALFONSO[507], que restan, en suma, operatividad y eficacia a la pretensión racionalizadora inicial de la Ley[508]. Sin que la existencia y proliferación de esta "abigarrada muchedumbre de entes, organismos autónomos, sociedades estatales" ofrezca siquiera auténtica garantía, siguiendo en este punto a MORILLO-VELARDE PÉREZ, de flexibilidad y eficacia[509].

En cualquier caso, y por lo que se refiere a las entidades sometidas, siquiera supletoriamente, a la LOFAGE, el artículo 42.2 de la Ley resulta fundamental desde la perspectiva de su posible titularidad de la potestad administrativa sancionadora, por cuanto aborda la delimitación del ámbito competencial de los organismos públicos, estableciendo aquellas pautas mínimas que habrán de guiar su posible asunción de potestades públicas.

506 F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, "Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", op. cit., p. 186, augura la continuación de la fuga de estas entidades de *ius singulare* respecto del Derecho Administrativo convencional tras la LOFAGE, por cuanto las causas que inciden en su aparición y en la necesidad de reafirmar su ámbito normativo propio y singular "no han sido abordadas por el legislador". En idéntico sentido, E. MALARET i GARCÍA, "El Derecho de la Administración Pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales", en VV. AA., *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública. Barcelona, 7 de mayo de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 30 y ss., para quien se establece un esquema demasiado simplificado en la LOFAGE. La necesidad del legislador de excepcionar determinados entes del régimen jurídico general establecido para las organizaciones instrumentales es así prueba de la propia insuficiencia del régimen general. Asimismo, sobre el "carácter contingente, aleatorio y convencional, propio de la nota de «instrumentalidad»" y "disperso, fragmentado, con muy distintas intensidades" de lo público, vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Organismos autónomos y derechos fundamentales", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, p. 103.

507 L. PAREJO ALFONSO, "La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia", op. cit., p. 56. Para J. L. VILLAR PALASÍ, "Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas", op. cit., p. 157, el tema "produce vértigo" ante la complejidad de formas organizativas alumbradas y "la dificultad de conseguir casilleros bastantes para una taxonomía adecuada sin contradicciones". Sobre la conveniencia, auténtica necesidad, incluso, de una regulación mínima común y, ante todo, de una disciplinaria unitaria del "amplísimo elenco de entes instrumentales", vid. G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Administraciones instrumentales", op. cit., pp. 343 y ss.

508 Pese a ello, son incontables los esfuerzos sistematizadores emprendidos por la doctrina al respecto, aun cuando sea con un afán meramente expositivo, plagado de incontables excepciones y particularidades. Vid. la invocación que realiza en este sentido J. L. VILLAR PALASÍ, "Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas", op. cit., pp. 181 y ss., al necesario desarrollo de la "negatividad" y la "positividad" de la correspondiente categorización de las entidades instrumentales. También se refiere a esta cuestión S. MARTÍN-RETORTILLO, "De la simplificación de la Administración Pública", *RAP*, núm. 147, septiembre-diciembre 1998, p. 18, para quien la simplificación de la organización administrativa y, en particular, de la institucional, es "anhelo permanente, pero casi de realización imposible", por cuanto los intentos realizados han sido "en general, casi siempre baldíos, como lo evidencia […] la reiteración con la que se plantean, en cuanto se trata de problemas que siguen sin resolverse".

509 Sostiene el autor citado, J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, "La huida del Derecho Administrativo, la personalidad jurídica de las Administraciones Públicas y el principio de eficacia. Reflexiones", op. cit., p. 992, que "los resultados no pueden ser otros diferentes de los que nos muestra la práctica diaria: no se logra ninguna flexibilización de nada –no hay más que ver el ritmo de funcionamiento de la inmensa mayoría de estos entes– y el balance es solamente éste: ineficacia".

Dispone este precepto:

> «1. Dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria.
> Los estatutos podrán atribuir a los Organismos públicos la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio».

La regla general supone reconocer, en consecuencia, una capacidad de obrar limitada o especial a este tipo de organismos, por contraposición a la general de los sujetos ordinarios, limitada, por tanto, a aquellas competencias y potestades que habrían de resultar básicas e imprescindibles para el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus objetivos esenciales[510].

Una capacidad en la que cabría entender incluida, por tanto, la potestad sancionadora si resultara necesaria para el ejercicio de las funciones y actividades encomendadas al ente instrumental, así como el posible ejercicio, en su caso, de una potestad normativa accesoria o complementaria para el desarrollo de ciertos aspectos expresamente calificados por este precepto de la LOFAGE de secundarios y, por tanto, de naturaleza accesoria[511].

Enlazando con la exigencia de legalidad derivada del artículo 127 de la LRJAP y PAC en relación con la titularidad de la potestad sancionadora, el artículo 42.2 de la LOFAGE nos sitúa ante una norma con rango de ley que reconoce abiertamente el posible ejercicio por parte de entes institucionales de cualesquiera potestades administrativas, con el único límite de la expropiatoria. Se reconoce y da carta de naturaleza, en consecuencia, a la posible titularidad institucional de la potestad sancionadora, si bien sin citarla expresamente y en dependencia directa, en cada caso, de la norma legal creadora y reguladora del ente correspondiente. En todo

[510] Capacidad de obrar que consiste "cabalmente", en definición de L. PAREJO ALFONSO, "La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia", op. cit., p. 59, "en la suma de las habilitaciones-mandatos de actuar que resultan de las potestades-competencias definidas en cada momento por el ordenamiento jurídico". Sobre el sentido restrictivo o ampliatorio en que pueden concebirse estas potestades públicas, en relación con la cláusula de la LRJAP y PAC que condiciona su aplicación a las entidades de Derecho público a "cuando ejerzan potestades administrativas", vid., R. DE VICENTE DOMINGO, *Los entes instrumentales en las Leyes de Procedimiento y de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 78 y ss.

[511] La "descentralización" de la potestad normativa en estas entidades ha sido calificada por S. MARTÍN-RETORTILLO, "De la simplificación de la Administración Pública", op. cit., pp. 15 y ss., de "fuente adicional de complejidad" en un sistema jurídico como el nuestro, ya farragoso de por sí, en el que la propia Administración desconoce, en ocasiones, las normas elaboradas por ella misma.

caso, dado el variado y abigarrado universo de personificaciones públicas referido *supra*, no cabe duda que esta afirmación genérica debe ser matizada para cada caso y cada ente en particular.

1. Organismos públicos del Título III de la LOFAGE.

El Título III de la LOFAGE está dedicado a los organismos públicos, cuya tipología encuentra concreción en el artículo 43. Conforme a su enunciado se clasifican en organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales.

Todos tienen en común su creación, en régimen de descentralización funcional, bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, adscribiéndose directamente o a través de otro organismo público, al Ministerio competente por razón de la materia[512]. Como actividades propias les corresponden las de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas, en principio, a su Administración territorial matriz.

Conforme a lo expuesto *supra* tienen personalidad jurídica diferenciada y cierta autonomía de gestión de los cometidos y actividades que les han sido encomendados, correspondiéndoles, dentro de su esfera de competencia, aquellas potestades administrativas que resultaran precisas, incluida, en su caso, la normativa, para el adecuado cumplimiento de sus fines[513].

Difieren, lógicamente, en cuanto al objeto concreto que se les confía y al régimen jurídico que les resulta, por consiguiente, de aplicación. En este sentido, el binomio originariamente establecido por la LOFAGE entre organismos autónomos y entidades públicas empresariales se ha completado, a raíz de la aprobación de

[512] La doctrina ha llamado la atención sobre el carácter más ficticio que real de su supuesta autonomía como personas jurídicas independientes ante la concreción legal en el Título III de la LOFAGE del contenido de esta relación de instrumentalidad. De ahí la advertencia realizada por algunos autores en el sentido de que más que a una descentralización funcional, los organismos públicos parecen responder a un supuesto de mera desconcentración. Vid., en este sentido, sobre las reticencias expresadas al respecto, F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., p. 133; y, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, "Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa", op. cit., p. 446.

[513] Es más, para F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., p. 134, no sólo podrán ejercer las que "tengan atribuidas de modo concreto y explícito sino también las potestades inherentes que sean de ejercicio necesario por la propia entidad para el cumplimiento de sus fines". Opción vedada, no obstante, para el supuesto particular de la potestad administrativa sancionadora *ex* artículo 127 de la LRJAP y PAC.

la Ley 28/2006, de 18 de julio, con la incorporación de la personificación de la agencia estatal, introduciendo a estos efectos el nuevo enunciado del artículo 43 c) de la LOFAGE un factor de distorsión que contribuye a separar los primeros de estas últimas.

Y así, mientras que organismos autónomos y entidades públicas empresariales se encuentran sujetas a las prescripciones de los artículos 41 y siguientes de la LOFAGE, encontrando acomodo y regulación expresa en el enunciado de la propia Ley, a las agencias estatales la LOFAGE les resulta tan sólo de aplicación supletoria, rigiéndose por su normativa específica.

a) Organismos autónomos.

Los organismos autónomos representan la personificación institucional de Derecho público por excelencia. Su actividad y funcionamiento se rigen por el Derecho Administrativo. Atienden, en este sentido, no sólo a lo dispuesto por el Título III de la LOFAGE respecto a los organismos públicos y a su régimen jurídico particularizado, sino también, en función del artículo 44.2 a) de la Ley, a los criterios establecidos en su Título I respecto a los principios de organización, funcionamiento y relaciones con los ciudadanos y, en particular, sobre la organización administrativa.

Conforme al artículo 45.1 de la Ley, relativo a sus funciones, "se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos"[514].

Y así, no cabe apreciar, en principio, singularidades ni distinciones importantes, desde una perspectiva estrictamente funcional, entre la organización ministerial y el organismo autónomo. En ambos casos hay una sujeción total a los principios, criterios y contenidos del Derecho Administrativo, si bien la definición del ámbito funcional de los organismos autónomos que realiza la LOFAGE ha planteado al-

[514] La LOFAGE reunifica así la figura del organismo autónomo, desdoblado por Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, y su Texto Refundido de 23 de septiembre de 1988, aun cuando sólo fuera a sus propios efectos, en las dos categorías de organismos autónomos de carácter administrativo y de carácter comercial, industrial, financiero o análogos, si bien la Disposición Transitoria Tercera de la LOFAGE admite que la adaptación se lleve a cabo por ley "cuando incorpore peculiaridades respecto del régimen general de cada tipo de organismo en materia de personal, contratación y régimen fiscal", con lo que se produce una "nueva atomización" del mundo de los organismos autónomos, en expresión de F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., p. 111, que considera, incluso, "mucho más importante que la creada para la categoría de las «Administraciones independientes»".

gún problema de interpretación en relación, precisamente, al tema que nos ocupa, esto es, a su posible ejercicio de la potestad sancionadora.

En efecto, a la vista del enunciado del artículo 45.1 de la Ley, que limita la actividad de estos organismos a los ámbitos concretos de "fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos", no parece irrelevante plantearse la cuestión sobre su posible asunción de potestades limitativas o de policía y, entre otras, de facultades de autorización, supervisión, inspección o sanción.

Independientemente del criterio más o menos restrictivo que se adopte en relación a la interpretación de esta cuestión, se impone ser pragmáticos. Y es que la propia realidad confirma la frecuencia del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora por los organismos autónomos. A ello contribuye, entre otras razones, la interpretación sistemática, a la luz del artículo 127.1 de la LRJAP y PAC, de los artículos 42.2 y 45.1 de la LOFAGE.

En efecto, la LRJAP y PAC da carta de naturaleza a la posibilidad de que el legislador reconozca la titularidad institucional de la potestad administrativa sancionadora. A su vez, el artículo 42.2 de la LOFAGE certifica que los organismos públicos, entre ellos los organismos autónomos, podrán disponer de las potestades administrativas que resulten "precisas para el cumplimiento de sus fines", con la única excepción expresa de la potestad expropiatoria[515].

La integración de ambos preceptos con el enunciado del artículo 45.1 de la LOFAGE aboca, en consecuencia, a entender que los organismos públicos podrán ser titulares de cualesquiera potestades administrativas, incluidas las limitativas y de policía, en particular, la sancionadora, siempre que resulten imprescindibles para la realización de sus actividades "de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos"[516].

Pero, aun cuando se quisiera argumentar lo contrario, conviene recordar que el artículo 61 de la LOFAGE impone la creación de organismos públicos por medio

[515] Interpretación a la que se adhieren, entre otros, M. BACIGALUPO, "La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE", en A. JIMÉNEZ-BLANCO y J. RAMÓN PARADA (Coords.), *La Administración Pública: reforma y contrarreforma*, FAES, Madrid, 1999, p. 115; y, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "La integración en el sistema de Administraciones Públicas de las Administraciones instrumentales", *RAAP*, núm. 51, julio-septiembre 2003, p. 40.

[516] Con carácter, por tanto, en expresión de M. BACIGALUPO, "La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE", op. cit., p. 115, "meramente secundario, instrumental o accesorio respecto de su actividad principal, de fomento o prestacional". Para R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 237, el problema interpretativo al respecto surge de "una aparente limitación originada por la manía definitoria en que tantas veces incurre el legislador".

de una ley[517]. Nada obsta, en consecuencia, para que el legislador dote al nuevo organismo autónomo en su norma de creación de aquellas potestades administrativas que pudiera considerar oportunas, independientemente de la interpretación que se quiera dar en este punto al enunciado de los artículos 42.2 y 45.1 de la LOFAGE, y aun cuando pudiera considerarse en franca y abierta contradicción con la misma[518].

No cabe, por tanto, sino concluir la legitimidad indiscutible de la posible titularidad por el organismo autónomo de la potestad sancionadora, si bien su concreción recae, en cada caso, sobre la ley de creación del organismo correspondiente, sujetándose, como es lógico, el ejercicio de la potestad resultante al régimen de Derecho Administrativo que establecen, con carácter general, la LRJAP y PAC y el REPEPOS, así como a los principios del Derecho Administrativo sancionador consolidados no sólo por el legislador sino, en particular, por la labor interpretativa de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa.

De esta forma, y en consonancia con lo dispuesto al respecto por el artículo 127 de la LRJAP y PAC, la LOFAGE reconoce, con rango legal, la posible titularidad de la potestad administrativa sancionadora por parte de todos los organismos públicos, incluidos, por tanto, los organismos autónomos, correspondiendo a las leyes de creación respectivas la concreción de esa potestad en particular para cada organismo específico y a sus Estatutos, aprobados por Real Decreto, la atribución y distribución entre sus órganos de las competencias precisas, en última instancia, para el ejercicio eficaz de la potestad[519].

---

517 Conforme al artículo 61 de la LOFAGE la creación tanto de organismos autónomos como de entidades públicas empresariales se efectúa por ley, que habrá de establecer necesariamente "el tipo de organismo público que crea, con indicación de sus fines generales, así como el Ministerio u organismo de adscripción" y "en su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley". El apartado segundo del precepto exige, en todo caso, que el anteproyecto de ley presentado en este sentido al Gobierno vaya acompañado de "una propuesta de estatutos y del Plan inicial de actuación del organismo", a los que se dedica, en particular, el artículo 62. Los artículos 63 y 64 de la Ley regulan, respectivamente, la modificación y refundición, así como la extinción y liquidación de organismos públicos, que podrán realizarse por ley o, si concurren determinadas circunstancias, por Real Decreto.

518 Cabe citar a título de ejemplo el Comisionado para el Mercado de Tabacos, organismo autónomo creado y regulado por Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria. En su artículo 5.3 la Ley hace constar que "sin perjuicio de las competencias que por esta Ley se reserva el Estado y que correspondan a órganos de la Administración General, el Comisionado para el Mercado de Tabacos ejercerá las de carácter regulador y de vigilancia para salvaguardar la aplicación de los criterios de neutralidad y las condiciones de libre competencia efectiva en el mercado de tabacos en todo el territorio nacional"; el legislador crea, en consecuencia, un organismo autónomo con funciones exclusiva o preferentemente limitativas o de policía. Vid. al respecto M. BACIGALUPO, "La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE", op. cit., pp. 116 y ss.

519 Sobre el "amplísimo margen de decisión" que corresponde, en este sentido, a los estatutos de cada organismo público en detrimento de la LOFAGE, que "tampoco acota todo lo que debiera" el régimen jurídico de estos entes institucionales, vid. G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Administraciones instrumentales", op. cit., p. 353.

b) Entidades públicas empresariales.

En contraposición a los organismos autónomos, el artículo 53.1 de la LOFAGE encomienda a las entidades públicas empresariales "la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación". Es precisamente esta última posibilidad la que marca la diferencia más significativa entre ambos tipos de organismo público, erigiéndose la gestión económica o empresarial, en consecuencia, en la "pieza clave" para su diferenciación[520].

La admisión de contraprestación económica para la actividad de la entidad pública empresarial resulta reveladora, en este sentido, de la diversa naturaleza que corresponde, en principio, a las funciones reservadas por el legislador a organismos autónomos y entidades públicas empresariales[521]. Diferencia que justifica a su vez la diversidad también, en definitiva, respecto del régimen jurídico aplicable, en última instancia, a cada uno de estos entes institucionales u organismos públicos.

Y así, frente a la sujeción estricta de los organismos autónomos a la disciplina administrativista y a un férreo control ministerial, las entidades públicas empresariales pueden depender, en cambio, de un Ministerio, un organismo autónomo o, excepcionalmente, de otra entidad de la misma naturaleza, resultándoles de aplicación un régimen jurídico que cabría calificar de mixto. Sometidas, como regla general, al Derecho propiamente privado, el régimen jurídico administrativo

---

520 En este sentido, L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 298; F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, "Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", op. cit., p. 171; F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., p. 146; L. QUES MENA, "Las entidades públicas empresariales", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 506; o, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 237, para quien el rasgo "esencial y distintivo" de los organismos autónomos es, en consecuencia, "su dependencia económica de los presupuestos estatales". A. BETANCOR RODRÍGUEZ, "Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa", op. cit., p. 474, entiende, en cambio, que la "principal diferencia" entre ambos tipos de organismo público se encuentra en "la libertad del legislador para concretar el estatuto concreto de la entidad pública empresarial", ante las continuas remisiones de la LOFAGE a lo que en cada caso pueda decidir el legislador al respecto, frente al estatuto de los organismos autónomos, en el que las posibilidades de modificación se presentan, en principio, más limitadas. Se trata, en cualquier caso, de una diferencia que conviene relativizar, en cuanto nada obsta a que el legislador introduzca en la ley de creación del organismo autónomo correspondiente las divergencias que considere oportunas respecto al régimen general establecido en este sentido por la LOFAGE, por lo que su libertad debe considerarse equivalente en ambos casos.

521 Diversidad que en el caso de la entidad pública empresarial ha sido tachada, incluso, por A. BETANCOR RODRÍGUEZ, "Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa", op. cit., pp. 440 y ss., de inconstitucional y contraria al Derecho comunitario por cuanto supone la admisibilidad de la realización de actividades empresariales o de mercado por un sujeto jurídico-público.

no les resulta extraño, por cuanto quedan sujetas a él respecto a la regulación de ciertas cuestiones concretas. De esta forma, el Derecho Administrativo resulta ser de aplicación a las entidades públicas empresariales, conforme al artículo 53.2 de la LOFAGE, "en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria".

En este sentido, la cláusula genérica del artículo 42.2 de la LOFAGE acerca de la posible titularidad de potestades administrativas por parte de los poderes públicos y la sujeción de las entidades públicas empresariales al Derecho Administrativo respecto al ejercicio de las que tuvieran atribuidas, permiten concluir la legitimidad de su posible titularidad de la potestad administrativa sancionadora[522].

Se trata de una opción que no ha sido vedada por la LOFAGE y que habrá de ser concretada de forma explícita para cada caso en particular, por la ley de creación de la entidad correspondiente[523], sujetándose el ejercicio de la potestad sancionadora resultante, al igual que en el caso de los organismos autónomos titulares de esta potestad, a los principios generales del Derecho Administrativo sancionador y a las reglas generales contenidas a este respecto en la LRJAP y PAC y el REPEPOS. Corresponderá, en fin, a los Estatutos de la entidad pública empresarial resultante, aprobados por Real Decreto, determinar, conforme al artículo 62.1 b) de la LOFAGE, "los órganos a los que se confiera el ejercicio de potestades administrativas".

[522] Sin perjuicio de los reparos suscitados por la dificultad de compaginar el posible ejercicio de potestades administrativas por parte de estas entidades con el sometimiento de su personal al Derecho laboral, subrayados, entre otros, por R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 239; o, S. DEL SAZ, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 58 y ss. También A. BETANCOR RODRÍGUEZ, "Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa", op. cit., pp. 489 y ss., se muestra contrario a la configuración legal de estas entidades, por cuanto entiende que "o son empresas o son entes públicos" y como tal debieran reconducir su régimen jurídico al de las empresas estatales u organismos autónomos. Para el autor "no se comprende hoy el porqué de esta mixtura que genera confusión y lo que es más grave, la justificación perfecta para que el legislador excepcione el régimen público general tanto como el régimen privado general, creando un Derecho singular que recoja la conveniente en uno u otro campo".

[523] Los artículos 61 a 64 de la LOFAGE regulan la creación, modificación y extinción de los organismos públicos. Conforme al artículo 61 la creación de una entidad pública empresarial se efectúa por ley, que deberá establecer necesariamente "el tipo de organismo público que crea, con indicación de sus fines generales, así como el Ministerio u organismo de adscripción" y "en su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley". El apartado segundo del precepto exige que el anteproyecto de ley presentado en este sentido al Gobierno vaya acompañado de "una propuesta de estatutos y del Plan inicial de actuación del organismo", regulados, a su vez, en el artículo 62. Los artículos 63 y 64 establecen el régimen jurídico aplicable a la modificación y refundición, así como la extinción y liquidación de organismos públicos, que podrá realizarse por ley o, si concurren determinadas circunstancias, por Real Decreto.

c) Agencias estatales.

La aprobación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, añade un nuevo elemento a la clasificación tradicional de los entes institucionales[524]. La nueva Ley y, por ende, la fórmula organizativa que en ella se acoge, responden al requerimiento, conforme al tenor literal de su exposición de motivos, de "un nuevo enfoque organizativo y funcional de los organismos públicos" a fin de "satisfacer las necesidades y demandas ciudadanas con el nivel de calidad que en estos momentos la sociedad exige"[525].

Frente a la problemática planteada por el abuso en la creación de entes institucionales atípicos, sobre lo que se volverá *infra*, y la consagración para ellos de regímenes jurídicos absolutamente singulares y particularizados, la nueva Ley 28/2006 opta, en cambio, por la implantación de una nueva fórmula organizativa general, dotada, en principio, de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión, compatible, no obstante, con un cierto refuerzo de los mecanismos de control de eficacia y con la aspiración de promover en su seno una cultura de auténtica responsabilización por resultados[526].

Su introducción en nuestros esquemas administrativos tradicionales no representa, sin embargo, una ruptura radical con aquellas fórmulas organizativas vigentes hasta el 2006 en nuestro ordenamiento jurídico. Implica, antes bien, una cierta renovación sin solución de continuidad, por cuanto pretende aportar elementos e ideas innovadoras a la organización de la Administración institucional del Estado que eviten la peligrosa proliferación advertida por la exposición de motivos de la Ley en años precedentes de "entes que presentan un régimen jurídico singular,

[524] Se muestra crítico con el título de la Ley L. COSCULLUELA MONTANER, "Las Agencias estatales", *RECE*, núm. 24, 2006, p. 29, para quien "parece un tanto pretencioso", tanto en su referencia a la "mejora" de los servicios públicos, como en su mención del propio concepto de servicio público, habida cuenta de las funciones a desarrollar por las agencias.

[525] Sobre el contexto y la política del Gobierno en que se inserta la aprobación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, consecuencia inmediata de la aprobación en Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2005 del Plan de Medidas 2006-2008 para la mejora de la Administración (Plan Moderniza), vid. F. MARTÍN-CARO GARCÍA, B. BETTSCHEN CAPA, y A. ESTOA PÉREZ, *Las Agencias Estatales*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 26 y ss.; y, Mª. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, "Modelo de Administración institucional en la Ley de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos", en J. F. ALENZA GARCÍA y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (Dirs.), *Organización y procedimientos administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 397 y ss., quien se muestra escéptica sobre la necesidad y oportunidad de la reforma, así como "sobre sus posibilidades de mejorar la eficacia de los servicios públicos".

[526] En tal sentido, para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 410, el intento de reordenación de los entes institucionales que representa la Ley 28/2006, certifica el fracaso de la LOFAGE en cuanto a la racionalización y simplificación institucional pretendidas con su aprobación.

básicamente del Derecho privado y al margen de las configuraciones generales de los organismos públicos"[527].

La propia exposición de motivos de la Ley se hace eco de ello al alabar, por un lado, la "simplificación de la normativa de la Administración General del Estado y también de sus organismos públicos" que supuso la LOFAGE de 1997, y denunciar, al mismo tiempo, cómo "las rigideces que presentan los actuales modelos de gestión y la escasa autonomía con que cuentan los organismos públicos, sobre todo en su configuración de organismos autónomos, dificultan en gran medida la consecución de los objetivos" públicos que asumen.

La Ley de Agencias estatales de 2006 articula, en consecuencia, un *tertium genus* que, si bien similar a los organismos autónomos en diversos aspectos, está dotado sin duda de una mayor flexibilidad, lo que se revela incluso en la posibilidad legalmente admitida, en el artículo 3.6 de la Ley, de participación de otras Administraciones Públicas en el Consejo Rector de la agencia, dando entrada así a sus aportaciones, colaboración y posible cooperación en materias que caen, en principio, dentro del ámbito competencial del Estado[528].

Se crea por autorización de la Ley, que debe determinar su objeto y fines, aprobándose su estatuto por Real Decreto[529]. Como nota fundamental de esta nueva fórmula organizativa general, cabe señalar la mayor autonomía y flexibilidad en la gestión de la que se dota a la agencia estatal, apreciable tanto en materia de personal como, en particular, de medios y gestión económico-financiera y, especialmente, en las facultades de que dispone para decidir cómo materializar los compromisos y objetivos generales asumidos en su contrato plurianual de gestión[530].

---

[527] F. MARTÍN-CARO GARCÍA, B. BETTSCHEN CAPA y A. ESTOA PÉREZ, *Las Agencias Estatales*, op. cit., pp. 31 y ss., entienden que la Ley de Agencias de 2006, se erige fundamentalmente en vía para trasladar al ámbito legal "las nuevas corrientes y principios internacionales que desde hace décadas sitúan al ciudadano en el eje central de la Administración", destacando aquellas innovaciones más importantes que implementan al respecto, así como algunos ejemplos concretos de la continuidad que representan en cierto sentido las agencias respecto a las fórmulas organizativas previstas hasta el momento en la LOFAGE.

[528] J. F. PÉREZ GÁLVEZ, *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2007, pp. 98 y ss., se hace eco de la vinculación de esta nueva figura al fenómeno de la "cogobernanza", defendida en su comparecencia inicial por el ministro responsable del proyecto. Vid., asimismo, las reflexiones críticas del autor en las pp. 128 y ss., en las que responsabiliza de la articulación de esta nueva fórmula organizativa a las "numerosas excepciones o particularidades" de la LOFAGE, causantes, a su vez, de "una nueva atomización del mundo de los organismos autónomos mucho más importante que la creada por la categoría de las doctrinalmente denominadas «Administraciones independientes»".

[529] Su creación, por tanto, se encomienda *stricto sensu* a la norma reglamentaria, que es la que certifica su nacimiento. Vid. Mª. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, "Modelo de Administración institucional en la Ley de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos", op. cit., p. 407.

[530] El artículo 13 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, sujeta la actuación de la agencia estatal al plan de acción anual, aprobado "bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión", en el que se fijan los objetivos a cumplir y los recursos precisos para su cumplimiento. Este contrato de gestión se erige

La reforma de la organización administrativa estatal en 2006 trae causa, en definitiva, de un cierto cambio de mentalidad en materia de organización y gestión administrativa. Pretende dar cumplida respuesta a la necesidad, contrastada y doctrinalmente reivindicada, de mejorar la prestación de servicios a los ciudadanos en el marco no sólo de la modernización de las estructuras y el funcionamiento administrativo sino, en particular, de una nueva cultura de legitimación por resultados[531].

Es por esta razón que la Ley 28/2006, no renuncia a la paulatina expansión de la nueva figura para dar cabida a la pléyade de entidades resultantes de esa injustificada propagación a que se refiere, sino que incluso advierte, en su exposición de motivos, que "no van a ser, sin más, un nuevo tipo de organismo público, sino la fórmula organizativa hacia la que, progresivamente, se van a reconducir aquellos organismos públicos existentes en la actualidad, cuya actividad y funciones se ajusten al concepto de Agencia estatal y se estime oportuno y más eficaz su transformación"[532].

---

así, en opinión de, M. PARDO GONZÁLEZ, "Las agencias estatales", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 705, en la "nueva figura que delimita la relación existente entre la Administración General del Estado, encarnada en el ente matriz creador o dominante, y la propia Agencia estatal". Para R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 241, constituye, en cambio, una "alambicada técnica", que "es todo menos un contrato". En sentido similar, Mª. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, "Modelo de Administración institucional en la Ley de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos", op. cit., pp. 425 y ss.

[531] Así lo han subrayado también S. M. ÁLVAREZ CARREÑO, "El proceso de institucionalización de las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos en España", *Via Iuris*, núm. 7, julio-diciembre 2009, p. 14, para quien la *agencification* es una manifestación más del movimiento denominado *New Public Management*; A. BOTO ÁLVAREZ, "Las agencias estatales como nuevo modelo organizativo general", *AJA*, núm. 726, 2007, p. 9, para quien es "útil e interesante […] en la medida que genera un viento favorable para iniciar un cambio de perspectivas en la Administración"; L. COSCULLUELA MONTANER, "Las Agencias estatales", op. cit., p. 30, para quien "el tiempo dirá si esta reforma […] es la avanzadilla de una reforma de mayor calado, en línea con los criterios del modelo británico"; y, V. MANTECA VALDELANDE, "Las nuevas agencias estatales y su régimen legal", *AA*, núm. 21, diciembre 2006, pp. 2.564 y ss., que reclama, en esta coyuntura de reformas administrativas, la implantación de un "nuevo modelo y una nueva cultura de gestión que, frente al modelo tradicional burocrático, ponga el acento en los valores de eficacia, eficiencia y calidad". Sobre la creciente preocupación en el ámbito de las Administraciones Públicas por las prestaciones a los ciudadanos y la extensión, en particular, de la cultura de la calidad a los servicios públicos, vid. A. CASARES MARCOS, *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, Madrid, 2007, pp. 375 y ss.

[532] Propósito que no ha sido respetado, sin embargo, por el propio legislador, ante la creación posterior por el mismo de nuevos organismos autónomos, como denuncian, en este sentido, C. J. BONET GUTIÉRREZ, "Administración institucional. Tipología. Aproximación a su régimen jurídico", op. cit., p. 344; y, A. BOTO ÁLVAREZ, "Las agencias estatales como nuevo modelo organizativo general", op. cit., p. 8, para quien la Ley 28/2006, representa uno más de los "inútiles intentos periódicos de reconducir a un esquema general todo el rosario de entes dispersos de la realidad". No en vano, denuncia L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 297, que la articulación de un modelo que evite la proliferación de entes atípicos "ha sido siempre un deseo del legislador contumazmente desmentido por la realidad". En cualquier caso, el enunciado de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 28/2006, de 18 de julio, responde a estos buenos deseos, al establecer que "con carácter general, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, los organismos públicos que hayan de crearse en la Administración General del Estado, adoptarán la configuración de agencias estatales, conforme al procedimiento del artículo 3 de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en la Disposición Final Primera".

Ahora bien, pese a la buena voluntad del legislador, su razonamiento acerca de los caracteres esenciales de la agencia en la exposición de motivos de la Ley de 2006, no despeja adecuada y suficientemente las dudas planteadas por la flexibilidad y, en especial, por el grado concreto de autonomía que se reconocen a la entidad[533]. Su justificación podría radicar, en principio, en la complejidad de los problemas y de las necesidades ciudadanas a que se enfrenta el sector público, asentándose sobre la convicción, en particular, de la mayor competencia que habría de reconocerse a los expertos integrantes de la agencia y la certeza, en fin, de la conveniencia de su imparcialidad en la gestión de los intereses públicos concernidos por su actividad[534].

Una imparcialidad que debe ser entendida como diversa a la estricta neutralidad política. Esta última no es más que "un mito", como denuncia Bilbao Ubillos, "sencillamente imposible"[535] en la práctica, por cuanto no resulta factible, ni deseable en mi opinión, romper del todo con una cierta dirección política por parte de la Administración territorial matriz, a quien corresponde, en última instancia, la competencia *stricto sensu* sobre la materia o servicio concreto de que se trate[536].

Más que neutralidad política, la organización y el funcionamiento de la agencia deben procurar un mínimo de objetividad, a fin de garantizar la transparencia y la racionalidad de las decisiones administrativas adoptadas en su seno. Sólo así se velará por la óptima satisfacción del interés general presente en su ámbito de actuación. De ahí la importancia, en definitiva, de la relación entre Administración Pública matriz y agencia, así como de los instrumentos de control sobre esta última, entre los que destacan, en particular, su vinculación al contrato de gestión

533 Resulta aquí de aplicación la reflexión general desarrollada, desde la perspectiva de los entes instrumentales reconocidos en la LOFAGE, por J. Mª. BILBAO UBILLOS, "Las Agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 1999, pp. 183 y ss., cuando afirma que "la personificación no supone, sin embargo, la emancipación", por cuanto "se trata en todo caso de personas-instrumentos". Conviene no olvidarlo tampoco desde la perspectiva de las nuevas agencias estatales.

534 M. PARDO GONZÁLEZ, "Las agencias estatales", op. cit., p. 710, alerta, en este sentido, de los inconvenientes a que podría abocar su empleo, en cuanto "la introducción de figuras jurídicas propias de otros sistemas de derecho tiene el riesgo de producir malos funcionamiento o quebrantos en el sistema en su conjunto".

535 Sobre la autonomía en la gestión de los asuntos públicos y su relación con la imparcialidad, así como la imposibilidad de una estricta neutralidad política, desmentida por los riesgos de captura del regulador por los intereses regulados y por la dificultad, en definitiva, de una separación tajante y nítida distinción entre Gobierno y Administración, vid. J. Mª. BILBAO UBILLOS, "Las Agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional", op. cit., pp. 168 y ss. En sentido similar, J. A. GARDE (Coord.), *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas. Reflexiones y propuesta de creación. Informe Comisión Expertos*, INAP, Madrid, 2005, p. 84, para quienes "el hecho de que la Agencia esté comprometida con la acción de gobierno no debe presuponer acerca de su rigor y objetividad en el tratamiento de los temas".

536 En sentido similar, M. PARDO GONZÁLEZ, "Las agencias estatales", op. cit., p. 705.

inicial, la evaluación de los resultados obtenidos en su gestión y la responsabilidad de sus gestores por posible incumplimiento de sus objetivos[537].

Por lo que se refiere, en cualquier caso, a la posible titularidad de la potestad administrativa sancionadora por la agencia estatal, no hay duda que se encuentra amparada por la propia Ley de 2006, si bien de forma un tanto indirecta, por cuanto el legislador no se refiere de forma expresa a esta cuestión, sino que tan sólo se limita en el artículo 2 de la Ley a reconocer que, en cuanto organismos públicos que son, las agencias estatales están "facultadas para ejercer potestades administrativas".

Corresponde, en este sentido, a la ley concreta que autorice su creación establecer "el objeto de la agencia estatal y sus fines generales"[538], recayendo en el estatuto correspondiente, aprobado por Real Decreto, la determinación de "las funciones a desarrollar por la agencia estatal y, en su caso, las facultades decisorias correspondientes a las competencias de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que se atribuyan a dicha agencia"[539].

Resulta criticable la ambigüedad manifiesta del enunciado transcrito, por cuanto parece amparar la deslegalización de la identificación y atribución de potestades administrativas concretas a la agencia correspondiente, para confiar, en cambio, a sus estatutos la tarea de su tipificación y determinación concretas.

Entiendo, frente a esta interpretación más literal, que en cumplimiento de lo dispuesto respecto a la titularidad de la potestad administrativa sancionadora por el artículo 127 de la LRJAP y PAC, debe afirmarse, sin lugar a dudas, que la reserva legal de la definición del objeto y de los fines generales de la agencia a la ley que autorice su creación, *ex* artículo 3.2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, alcanza, necesariamente, a la posible atribución a la misma de la potestad administrativa sancionadora.

537 J. F. PÉREZ GÁLVEZ, *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, op. cit., pp. 137 y ss., parte de la delegación intersubjetiva de competencias que supone la creación de la agencia entre la Administración General del Estado y la nueva entidad pública vinculada o dependiente de ella, para analizar las facultades inherentes a esa delegación desde las hipótesis, en particular, del protectorado, la tutela, vigilancia, control, supervisión e inspección. Advierte, en este sentido, de lo incompleto de cualquier análisis o estudio teórico sin la previa aprobación y singularización de las prerrogativas correspondientes en los estatutos de la agencia de que se trate.

538 Artículo 3.2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio.

539 Artículo 3.5 a) de la Ley 28/2006, de 18 de julio.

Al estatuto de la agencia atañe, por el contrario, de forma similar a lo dispuesto para los organismos públicos por la LOFAGE, complementar la regulación, a este respecto, de la ley de creación de la agencia de la que trae causa, concretando, en su caso, los órganos competentes para el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida legalmente a la misma.

2. Otros entes instrumentales de naturaleza pública comprendidos en las Disposiciones Adicionales de la LOFAGE: entes atípicos y Administraciones independientes.

El esfuerzo racionalizador y sistematizador que anuncia y emprende la LOFAGE para poner orden y concierto en el complejo mundo institucional, salta por los aires a consecuencia de las previsiones recogidas en sus Disposiciones Adicionales Sexta y siguientes[540].

En ellas se excepciona, de un lado, la tipología instaurada y regulada por el Título III de la Ley, admitiendo la articulación de diversas entidades públicas de naturaleza institucional al margen de lo allí dispuesto y del régimen jurídico predefinido, en su caso, para cada tipo particular de organismos públicos, esto es, organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales.

El legislador establece, en este sentido, un régimen jurídico peculiar y particularizado para las entidades comprendidas en las Disposiciones Adicionales Sexta a Undécima de la LOFAGE, remitiéndose a su legislación específica para la regulación de ciertos aspectos de su régimen, o incluso de la totalidad del mismo, singularizando, en definitiva, a cada una de estas entidades que reciben, por ello mismo, el calificativo de "atípicas"[541]. De esta forma, se excluye la aplicación de la

[540] Todo ello sin entrar, en este momento, en la existencia de personificaciones de Derecho privado de creación pública, señaladamente sociedades mercantiles y fundaciones, así como del híbrido peculiar que ha supuesto el reconocimiento de fundaciones no sólo de iniciativa sino de naturaleza jurídico-pública, cuestión sobre la que se volverá *infra*.

[541] Etiqueta unificadora que F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., p. 98, considera insuficiente o inadecuada por las "muchas desigualdades" existentes entre las entidades que forman ese "atípico grupo". La mera lectura de las Disposiciones Adicionales Sexta a Undécima resulta reveladora de esta disparidad, por cuanto se refieren a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (Disposición Adicional Sexta), el Consejo de Estado (Disposición Adicional Séptima), el Banco de España y los Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito (Disposición Adicional Octava), la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes (Disposición Adicional Novena), la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Corporación RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional del Sector Postal,

LOFAGE en algunos supuestos, aplicándose de forma parcial en otros a aspectos concretos de su régimen jurídico, o, en fin, de forma meramente supletoria respecto a un último grupo de entidades[542].

Existe, además, de otro lado, un reducto dentro de los entes institucionales atípicos, el de las denominadas Administraciones independientes, en el que se altera de manera sensible el esquema general apuntado *supra* para los organismos públicos. Como tal, son instituciones que han sido desterradas del articulado de la LOFAGE, que tan sólo se refiere tangencialmente a ellas en algunas de sus Disposiciones Adicionales a fin de remitirse a su legislación específica.

Ajenas, en principio, a la relación de instrumentalidad propia de los organismos públicos institucionales, constituyen, asimismo, formas organizativas que permiten la intervención pública en ámbitos diversos, en régimen de descentralización de funciones y competencias propias de una Administración matriz, si bien con la independencia o autonomía que les otorga no estar sometidas a las órdenes e instrucciones de sus instancias de gobierno y dirección. Son, en esencia, entidades creadas para regular ámbitos sectoriales económicos concretos desde una posición presuntamente independiente o neutral respecto a la Administración General del Estado[543].

Y así, ante la complejidad institucional a que abocan estas Disposiciones Adicionales de la LOFAGE, el Tribunal Supremo, en un claro intento por delimitar y clasificar de alguna manera el heterogéneo grupo de entidades a que se refieren, distingue, en su Sentencia de 24 de mayo de 2005 (Ar. 5406), y al amparo de las mismas:

el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, el Museo Nacional del Prado y el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía y a los que se reconozca expresamente por ley, a partir de la entrada en vigor de la LOFAGE, la independencia funcional o una especial autonomía respecto a la Administración General del Estado (Disposición Adicional Décima) y, en fin, Correos y Telégrafos (Disposición Adicional Undécima).

[542] Y así, subraya F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., p. 114, que no todas las entidades referidas en las Disposiciones Adicionales de la LOFAGE tienen el mismo *status*, concluyendo su carácter heterogéneo y su integración en "subgrupos más o menos liberados de los cánones generales".

[543] L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 309. S. MUÑOZ MACHADO, "Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías", *RAP*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000, pp. 195 y ss., ha puesto de manifiesto, en este sentido, cómo la asignación en bloque de competencias de determinadas materias económicas a las Administraciones independientes reguladoras no ha tenido en cuenta la complejidad de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, planteando múltiples problemas y fricciones que han obligado al Tribunal Constitucional a introducir importantes correcciones. Se refiere a ello también F. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, "La Administración independiente: definición, naturaleza, encuadramiento sistemático y regulación", en J. Mª. ABAD LICERAS y F. IRURZUN MONTORO (Coords.), *La Administración reguladora y supervisora: visión teórico-práctica*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 44 y ss. Se trata de un tema que excede, como se comprende, de los límites de este estudio.

«a') Entidades de Estatuto Especial o "Independiente" que tienen el carácter de "Organismos Públicos" (Disposición Adicional Décima), calificados como "apátridas", aunque formalmente sean, bien organismo autónomo o entidad pública empresarial, distinguiéndose, además, entre entidades preexistentes, entre las que se mencionan las Universidades no transferidas, y las entidades de futuro.
b') Entidades "independientes" que la LOFAGE no califica como "Organismos Públicos" (Disposición Adicional Décima).
c') Entidades emancipadas de la normativa general que no reciben calificación tipológica»[544].

No cabe sino concluir, en definitiva, que pese a sus buenas intenciones el Título III de la LOFAGE se queda corto, no da cobertura ni agota, en definitiva, el complejo universo de las entidades institucionales existentes, razón por la que suele hablarse, con adopción de la expresión acuñada en su día por García-Trevijano[545], de entes "apátridas" en relación a todos aquellos que, independientemente de su calificación o no como organismos públicos, no derivan su régimen jurídico de lo dispuesto a estos efectos por los artículos 41 y siguientes de la LOFAGE, sino que gozan de un régimen singular y particularizado al amparo de su legislación específica[546].

Por lo que interesa a nuestros efectos, resulta indudable que corresponde una singular trascendencia, desde la perspectiva del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, a las denominadas Administraciones independientes. Son instituciones claves para la regulación, supervisión y control de sectores económicos estratégicos, que, pese a su aparente diversidad y a la heterogeneidad de sus

[544] Fundamento de derecho quinto. El Tribunal Supremo concluye y subraya a resultas de esta clasificación, en el fundamento de derecho siguiente, "las dificultades que existen para la caracterización de la diversa tipología de entes que integran la Administración instrumental, la Administración institucional o de los entes autónomos".

[545] Si bien en otro contexto legislativo y en relación a entes de Derecho público calificados como organismos autónomos pero excluidos del ámbito de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958. J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, EDERSA, Madrid, 1967, Tomo II, pp. 786 y ss. Para J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "La integración en el sistema de Administraciones Públicas de las Administraciones instrumentales", op. cit., p. 50, no hay duda que el contexto en el que acuña esta expresión era "ciertamente diferente y, con todo, menos variado –y, desde luego, voluminoso– que el actual".

[546] La doctrina ha notado, en este sentido, el elevado número de entes atípicos existentes; realidad que sanciona, en definitiva, la insuficiencia de los tipos regulados por la LOFAGE para agotar la realidad institucional. Vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 421. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "La integración en el sistema de Administraciones Públicas de las Administraciones instrumentales", op. cit., p. 51, ha destacado, además, su trascendencia, por cuanto son organismos vitales "para el funcionamiento del Estado", "para el ejercicio de sus funciones de supervisión de sectores o servicios esenciales liberalizados bajo regulación" o, en fin, "para la adecuada protección de derechos fundamentales y de ciertos elementos esenciales para la supervivencia de la sociedad y del Estado".

cometidos concretos y de regímenes jurídicos, hacen de la independencia frente a las directrices político-gubernamentales nota esencial de su régimen jurídico[547].

Su origen se remonta, en cierto sentido, al modelo norteamericano inaugurado, hace más de cien años por la *Interstate Commerce Commission*, heredado después por los Estados europeos[548]. En cualquier caso, las causas a que parece responder la aparición de las Administraciones independientes como modelos de organización en el Derecho europeo continental son de muy distinta naturaleza, diferenciándose, asimismo, su evolución posterior[549].

Su introducción en el ordenamiento jurídico español se produce en el año 1980, con la aprobación de las Leyes 4/1980, de 10 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público de Radio y Televisión; 15/1980, 22 de abril, por la que se crea el Consejo de Seguridad Nuclear; y, 30/1980, de 21 de junio, reguladora de los órganos rectores del Banco de España. La articulación de estas tres institu-

[547] Aquí reside, en opinión de J. M. SALA ARQUER, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", *REDA*, núm. 42, abril-junio 1984, p. 402, la "médula jurídica y política de la cuestión". En el mismo sentido, A. TRONCOSO REIGADA, "Las Agencias de Protección de Datos como Administración independiente", en C. PAUNER CHULVI y B. TOMÁS MALLÉN (Coords.), *Las Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 27 y ss., quien profundiza en el estudio de la independencia como medio y como fin. L. PAREJO ALFONSO, "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes; apuntes para un estudio del fenómeno", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, p. 636, ha subrayado cómo su nacimiento tiene relación directa con la "crisis de «adaptación» (en lo orgánico y en lo funcional) del Estado a la evolución económico-social y las consecuentes nuevas necesidades de «dirección», «organización» y «regulación» que de ella resultan"; de ahí su nacimiento en sectores claves y dinámicos.

[548] Para T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 436 y ss., la experiencia norteamericana a propósito del fenómeno de las autoridades administrativas independientes es tan significativa y de tanta enjundia que "parece un poco fuerte que sin mayor reflexión se pretenda condenarle en Europa". Vid., en este sentido, sobre la experiencia italiana y alemana al respecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 410. Asimismo, sobre los antecedentes y la regulación comparada de esta cuestión, J. AVEZUELA CÁRCEL, *Supervisión presidencial y potestad normativa de las Agencias reguladoras en los Estados Unidos*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 43 y ss.; A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 135 y ss.; E. CARBONELL PORRAS y J. L. MUGA MUÑOZ, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996; E. GARCÍA LLOVET, "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", *RAP*, núm. 131, mayo-agosto 1993, pp. 92 y ss.; A. M. MORENO MOLINA, *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, BOE, Madrid, 1995; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, pp. 264 y ss.; y, M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel, Barcelona, 2002.

[549] F. LÓPEZ RAMÓN, "El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente", *RAP*, núm. 126, septiembre-diciembre 1991, pp. 190 y ss., reivindica, en este sentido, el valor y la necesidad de "repasar las claves de la historia de la descentralización funcional para acercarse a la más plena comprensión del fenómeno de las Administraciones independientes. Sin desdeñar, por supuesto, el evidente influjo directo de la experiencia norteamericana". Sobre las razones concretas que motivan, a la vista de esta experiencia comparada, la aparición de las Administraciones independientes en la Europa continental, vid. A. TRONCOSO REIGADA, "Las Agencias de Protección de Datos como Administración independiente", op. cit., pp. 48 y ss.

ciones como entes independizados del Gobierno durante un período de difícil y compleja transición política arraigó con fuerza, dando lugar, tiempo después, a la creación de otros organismos públicos similares, con regímenes jurídicos absolutamente particularizados, si bien compartiendo, como rasgo común, una cierta independencia en su actuación y funcionamiento[550].

Con la aprobación de la LOFAGE se produce definitivamente su recepción legislativa como categoría propia[551]. Y así, la Ley de 1997, dedica a esta realidad de las Administraciones independientes sus Disposiciones Adicionales Octava, en la que remite el régimen jurídico del Banco de España a su legislación específica, y décima, en cuyo apartado primero se establece, a modo de cajón de sastre, un mínimo común denominador al régimen jurídico de "determinados organismos públicos". Entre ellos, en particular, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Corporación RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, el Museo Nacional del Prado y el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía abriendo la puerta, no obstante, en su apartado segundo, a la futura creación y regulación por norma con rango de ley de otros organismos públicos a los que se pudiera reconocer expresamente "la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado".

El primer rasgo que sobresale en relación a este tipo de entes es, precisamente, el de su extraordinaria multiplicación desde la década de los ochenta y la correlativa atomización de su régimen jurídico, que convierte prácticamente en papel mojado cualquier pretensión legal de dotar de unas bases mínimas comunes a este tipo

550 G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Administraciones instrumentales", op. cit., p. 348, se refiere a la "creciente complejidad económica, técnica y ética de las actividades propias de los mercados regulados" como causas de su arraigo. A. M. MORENO MOLINA, *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, op. cit., p. 304, se refiere, por su parte, a la "confusión y discrepancia" doctrinales a que han dado lugar.

551 Tanto S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Las empresas públicas: reflexiones del momento presente", *RAP*, núm. 126, septiembre-diciembre 1991, pp. 109 y ss., como P. MENÉNDEZ GARCÍA, "Administraciones independientes (régimen jurídico)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, Tomo I, pp. 292 y ss., sitúan el reflejo legislativo de la categoría en el hoy derogado artículo 6.5 del anterior Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, si bien se trata de un precepto que ofrece una base sin duda insuficiente para configurar un concepto positivo completo de lo que habría de entenderse por Administración independiente. También en este sentido M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, p. 35.

de organismos[552]. No en vano, las Disposiciones Adicionales citadas se remiten a la legislación específica de cada una de estas entidades para la concreción de su regulación, correspondiendo al legislador, en absoluto vinculado por limitación alguna recogida a estos efectos por la LOFAGE, establecer el estatuto y el régimen particular no sólo de las existentes al momento de aprobarse la citada Ley sino de cuantas pudieran crearse y articularse en el futuro.

Su propia denominación, "Administraciones independientes", está teñida de una notable indefinición y ambigüedad, por cuanto parece aludir a una relación horizontal entre la Administración Pública matriz y el ente institucional dotado de ese especial *status* de independencia o autonomía[553]. Y, sin embargo, al igual que el resto de los organismos públicos a que se ha hecho referencia hasta aquí, la Administración independiente supone la creación, en régimen de descentralización funcional, de una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia a la que se encomienda la gestión de funciones y competencias propias, en principio, de su Administración matriz, diferenciándose tan sólo en que la especial vinculación entre ambas, esto es, Administración matriz y Administración institucional, plasmada en la relación de instrumentalidad correspondiente, se encuentra profundamente afectada por el reconocimiento de cierta autonomía o independencia a algunos entes instrumentales de especial trascendencia[554], a efectos, fundamentalmente, de garantizar la solvencia y legitimidad técnica de sus decisiones, esto es, la "neutralización partidaria" en definitiva, en el ejercicio de

552 De ahí las divergencias doctrinales a la hora de identificar y delimitar el ámbito de las organizaciones que responden al concepto de Administración independiente y de las que quedarían, en cambio, excluidas de esta etiqueta. Vid. a este respecto, M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 40 y ss. S. A. BELLO PAREDES, "Las Agencias de protección de datos en la sociedad de la información: un interesante ejemplo de actuación administrativa «tutelar» e «independiente»", en A. MURILLO VILLAR y S. A. BELLO PAREDES (Coords.), *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Universidad de Burgos, Burgos, 2005, p. 146, se refiere, en cualquier caso, al primer momento de "ilusión, incluso de exaltación en algún caso, por esta tipología administrativa", que ha ido amainando con posterioridad hasta desembocar en que se hable hoy, más que de Administraciones independientes, de posiciones de "autonomía reforzada".

553 Así lo subraya, en particular, F. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, "La Administración independiente: definición, naturaleza, encuadramiento sistemático y regulación", op. cit., p. 44. Para M. FUERTES LÓPEZ, "El proyecto de Ley de Autonomía del Banco de España", *RDBB*, núm. 51, julio-septiembre 1993, p. 746, no cabe duda, en cualquier caso, que el término resulta "ahora tan de moda como inapropiado […] para calificar a nuevos entes de las Administraciones Públicas".

554 Y así, para F. LÓPEZ RAMÓN, "El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente", op. cit., p. 190, la Administración independiente se caracteriza por seguir el modelo básico del ente fundacional pero con pérdida de la relación de instrumentalidad respecto a las Administraciones territoriales. Sobre la atenuación de la relación de instrumentalidad como característica propia de las Administraciones independientes en nuestro Derecho público, vid. L. A. POMED SÁNCHEZ, "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", *RAP*, núm. 132, septiembre-diciembre 1993, pp. 155 y ss. Profundiza, asimismo, en el estudio de los elementos sobre los que se funda la especial posición de estas Administraciones respecto del Gobierno, M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 65 y ss.; y, en particular, por lo que se refiere a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, M. FUERTES, "A vueltas con la independencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores", *RDBB*, núm. 107, julio-septiembre 2007, pp. 163 y ss.

sus funciones a fin de evitar perjuicios graves, derivados de la confrontación política, al interés general comprometido en el ámbito sectorial correspondiente[555].

Ante la singularidad que caracteriza, en consecuencia, al régimen jurídico aplicable a cada Administración independiente, sólo cabe emprender su definición como categoría a partir de aquellos escasos rasgos comunes que todos parecen compartir.

De un lado, su reconocimiento y articulación en sectores especialmente sensibles a fin de alejar de ellos la lucha política partidista[556]. No en vano, cabe apreciar una doble vertiente en cuanto a su objeto particular y ámbito de actuación, catalogándose todas las Administraciones independientes en dos subcategorías diversas en función de que surjan como elemento garantista de derechos fundamentales o, por el contrario, como entes reguladores de sectores económicos concretos sobre la base, por tanto, de motivos estrictamente técnico-económicos[557].

De otro lado, su articulación como Administraciones Públicas con personalidad jurídica propia, integradas en el aparato administrativo del poder ejecutivo del Estado y de naturaleza activa, lo que permite excluir de su ámbito no sólo a los órganos constitucionales, órganos de relevancia constitucional y a las propias estructuras administrativas al servicio de los anteriores, sino también a instituciones de funciones consultivas como el Consejo de Estado o el Consejo Económico y Social y a las entidades integrantes de la denominada Administración corporativa[558].

---

555 Así lo subraya R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 228. A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 275 y ss., alerta, en cualquier caso, del riesgo que implica que nuestro sistema administrativo evolucione finalmente "hacia un sistema policéntrico, más irresponsable e incontrolado por las instancias representativas", en el que quede sustituida la legitimación democrática por la técnica, instando a que se adopten las cautelas oportunas a estos efectos.

556 En este sentido, L. A. POMED SÁNCHEZ, "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", op. cit., p. 121, para quien "que ello se consiga depende, en gran medida, de los propios contendientes en esta lucha".

557 Así lo subrayan, entre otros, E. GARCÍA LLOVET, "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", op. cit., pp. 107 y ss., para quien aunque pueden aparecer como dos sectores distintos y separados, se presentan en numerosas ocasiones como yuxtapuestos"; F. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, "La Administración independiente: definición, naturaleza, encuadramiento sistemático y regulación", op. cit., p. 61; A. RALLO LOMBARTE, "Las Administraciones independientes: una aproximación constitucional", en C. PAUNER CHULVI y B. TOMÁS MALLÉN (Coords.), *Las Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 13; o, J. M. SALA ARQUER, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", op. cit., pp. 410 y ss.

558 Vid. en tal sentido, F. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, "La Administración independiente: definición, naturaleza, encuadramiento sistemático y regulación", op. cit., pp. 51 y ss., quien identifica también el concepto de Administración independiente frente a los órganos de participación de los administrados que dan cumplimiento al mandato del artículo 105 de la Constitución y otros de similar naturaleza; y, asimismo, M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 51

Las Administraciones independientes comparten, además, la reserva de ley para su creación, toda vez que el apartado segundo de la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE se refiere a "los organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado", lo que implica que la creación de nuevas Administraciones independientes, más allá de las enumeradas en el apartado primero de la Disposición, queda sustraída a la potestad de organización del Gobierno y se confía directamente al legislador; carácter que lleva implícito en sí mismo el germen que contribuye a dinamitar cualquier intento de sistematización al respecto, por cuanto no garantiza su sujeción a un mínimo común denominador, sino todo lo contrario[559].

La reserva legal sancionada a estos efectos abre la espita, en definitiva, a la singularidad más absoluta, por cuanto sus leyes de creación gozan de una gran libertad para la regulación del régimen jurídico aplicable a estas Administraciones independientes. Realidad que si bien no tiene por qué ser considerada negativa en sí misma, en cuanto la trascendencia y entidad de las funciones encomendadas a este tipo de Administraciones pueden aconsejar la individualización y particularización de su régimen jurídico, no puede ser ignorada desde la perspectiva de la garantía de los derechos del administrado en relación con su posible ejercicio de potestades públicas[560].

Así las cosas, no cabe duda que la aspiración de la LOFAGE por ordenar, racionalizar y sistematizar las entidades institucionales queda una vez más, por lo que se refiere ahora a las Administraciones independientes, en el terreno meramente desiderativo. No en vano la Disposición Adicional Octava sanciona la sujeción del Banco de España a su legislación específica, sin calificar de forma alguna su naturaleza ni reconocer la aplicación siquiera supletoria de la LOFAGE a su regulación. En cuanto a la Disposición Adicional Décima, subdivide, a su vez, a las Administraciones independientes que contempla en dos subgrupos.

---

y ss., que procura acotar la naturaleza de las Administraciones independientes "en la constelación de las Administraciones Públicas".

559 F. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, "La Administración independiente: definición, naturaleza, encuadramiento sistemático y regulación", op. cit., p. 50, subraya, en este sentido, el "peso relativo" de la reserva de ley establecida, a su vez, por una norma con rango de ley.

560 Para M. BACIGALUPO, "La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE", op. cit., p. 138, el sometimiento de su creación a una reserva de ley singular aboca a la continuidad del fenómeno de los "entes apátridas", que "históricamente ha venido dinamitando la unidad del sistema".

Por una parte, el *mix* de entidades nominadas recogidas en su apartado primero y relacionadas *supra*, que se regirán por su legislación específica y supletoriamente por la propia LOFAGE. Por otra, las Administraciones independientes que pudieran crearse a partir de la entrada en vigor de la LOFAGE por una norma con rango de ley. Estas últimas se regirán, conforme al apartado segundo de la Disposición, por su normativa específica "en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía". En lo demás y, en todo caso, "en cuanto al régimen de personal, bienes, contratación y presupuestación", ajustarán su regulación a las prescripciones de la LOFAGE relativas a los organismos públicos "que en cada caso resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada organismo". Por último, el apartado tercero de esta Disposición sujeta a todos los "organismos públicos" que contempla a las prescripciones de la Ley General Presupuestaria que les resulten de aplicación.

La lectura de esta Disposición permite extraer varias conclusiones. Así, lo inapropiado de su ubicación, por cuanto se relega a una mera Disposición Adicional la regulación, nada menos, de algunas de las entidades institucionales de mayor trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, más aún si consideramos las especialidades y atenuaciones que caracterizan su relación de instrumentalidad con la Administración Pública matriz correspondiente.

Por otra parte, lo escueto de su enunciado, en el que prácticamente no se dice nada, por cuanto ni siquiera se intenta una mínima definición o descripción de los rasgos comunes que habrían de individualizar a estas entidades.

Cabe, asimismo, afirmar la voluntad de la LOFAGE de confinar la naturaleza jurídica de estas Administraciones al ámbito de los organismos públicos. Dado el momento de su promulgación y la inexistencia en aquel entonces de las agencias estatales, cabe afirmar, a la vista del rótulo y del propio enunciado de la Disposición, que sus múltiples referencias a la constitución de estas Administraciones independientes como "organismos públicos" habría de remitir su naturaleza a las figuras de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales entonces reguladas en el Título III de la Ley[561].

Una mínima sistematización rota, sin embargo, por la excepcionalidad que supone la inversión para estos entes del régimen jurídico establecido por el Título III de la LOFAGE a favor de lo dispuesto por su legislación específica. Y así, habrá que estar a la normativa reguladora de las entidades contempladas en el apartado

[561] R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 247.

primero, a efectos de conocer su calificación expresa, para afirmar la aplicación cuando menos supletoria a las mismas del régimen correspondiente a los organismos autónomos o entidades públicas empresariales. Por lo que se refiere al apartado segundo, resulta más complejo determinar los confines de su régimen jurídico a los que se aplica la LOFAGE y el ámbito, por el contrario, sujeto a su legislación específica. Se trata de una decisión pospuesta al momento de su creación, correspondiendo, bien a la ley de creación, bien al Gobierno a través de los estatutos de la entidad, determinar el ámbito de aplicación de la LOFAGE al mismo y el régimen específico por el que se opta, organismo autónomo o entidad pública empresarial, "teniendo en cuenta las características de cada organismo".

De esta forma, enlazando con lo afirmado *supra*, podemos afirmar no sólo lo inapropiado de su ubicación y lo escueto de su enunciado, sino la propia relatividad del régimen jurídico que establece la LOFAGE para las Administraciones independientes en su Disposición Adicional Décima, a resultas, claro está, de la reserva legal sancionada al respecto, por cuanto nada impide al legislador que regula o crea una nueva Administración de este tipo, excepcionar lo dispuesto a estos efectos por la Disposición Adicional citada[562].

Las Administraciones independientes comparten, en fin, un último rasgo que contribuye a definirlas e individualizarlas. No es otro que el derivado del propio calificativo que las apellida, esto es, "independientes", y de las especialidades que, en consecuencia, tiñen su relación con su Administración Pública matriz. En cualquier caso, del estudio de la legislación que les resulta de aplicación y de sus correspondientes estatutos se desprende que la "independencia funcional" o "especial autonomía" a que se refiere la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE es relativa y precisa de importantes matizaciones.

En efecto, pese a que cada una de estas Administraciones independientes cuenta con su regulación propia, todas comparten una idea de "independencia" que se traduce, en realidad, no tanto en una ruptura total de relaciones o vinculación con la Administración matriz cuanto en una garantía orgánica de neutralidad política

[562] En idéntico sentido, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, "Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa", op. cit., p. 479. También F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, "Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", op. cit., p. 185, para quien el listado de materias que quedan a salvo de las circunstancias singulares o especiales del ente en el apartado segundo de esta Disposición, debiéndose ajustar a las reglas generales de la LOFAGE, permite concluir que "o bien no existe verdadera autonomía o independencia funcional, o bien ésta será meramente retórica pero sin un contenido real y efectivo, con lo que tratarán sus leyes de creación les sitúen al margen de las prescripciones de la LOFAGE en el mismo plano de igualdad que los organismos" relacionados en su apartado primero.

frente al posible intervencionismo y dirección del Gobierno o de otros intereses afectados[563].

A ello se refiere la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE cuando establece que "el Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía". Potestadas, por ende, recortadas y limitadas, es cierto, pero no, en cualquier caso, inexistentes.

Y así, la autonomía o independencia que se predica de estas Administraciones suele ser de tipo orgánico y fundarse, en última instancia, en una intervención cualificada de las Cámaras en el control de estos organismos públicos o en el nombramiento de los responsables de su gestión o en la imposibilidad, en fin, de remoción de estos últimos por el Gobierno, salvo causa justificada y tipificada, durante el periodo de su mandato, con el claro propósito de evitar, otra cosa es que se consiga[564], que las decisiones y el funcionamiento de estas Administraciones pueda verse condicionado por direcciones o instrucciones de naturaleza política provenientes del Gobierno o de la Administración General del Estado[565]. Decae aquí, por tanto, la función de *indirizzo político* que es típica en el ámbito de los organismos públicos ordinarios.

De ahí que frente a las voces críticas que denuncian su contradicción con las bases constitucionales del sistema, por cuanto escaparían de la dirección política que el artículo 97 de la Constitución encomienda al Gobierno[566], García de Enterría

[563] F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., p. 115, se refiere en este sentido al "impacto terminológico" que han tenido los términos "independencia" y "autonomía", realmente acuñados, en el primer caso, por la doctrina y, en el segundo, por la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.

[564] A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "La financiación privada de la construcción de obras públicas y la nueva regulación del contrato de concesión en su contexto social y económico", en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, p. 27, sostiene, en este sentido, que "la independencia puramente orgánica en relación con el poder político de esas nuevas administraciones es relativa y al contrario, en ocasiones, pueden ser potencialmente más permeables que la magnífica y sufrida función pública española al entrismo de ciertos intereses de los sectores regulados".

[565] Las fórmulas articuladas por el legislador al respecto son variadas y han llevado a L. A. POMED SÁNCHEZ, "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", op. cit., pp. 142 y ss., a afirmar la existencia de una "escala de la independencia". También A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 188 y ss., distingue varios "grados" de independencia.

[566] Señaladamente R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, pp. 289 y ss. Asimismo, sobre la discutida y polémica constitucionalidad de las Administraciones independientes, vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes", op. cit., pp. 432 y ss.; E. GARCÍA LLOVET, "Autoridades administrativas independientes y Estado de

y Fernández Rodríguez no duden en afirmar la inexistencia de "independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales, sino, más bien, un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que la Constitución proclama […], valores que se entiende serán mejor satisfechos si la gestión de ciertas funciones se pone a cubierto de la lucha política partidista"[567].

Se trata, en definitiva, de garantizar a las Administraciones independientes cierta autonomía orgánica y, por ende, funcional, con el claro propósito de alejar su ámbito de actuación de motivos ideológicos espurios que debieran ser ajenos a sus procesos de toma de decisiones. La independencia se concibe así, en última instancia, como neutralidad política, a fin de asegurar, de una parte, la profesionalización y especialidad técnica del organismo resultante y, de otra, su sustracción de la influencia de las mayorías políticas vigentes en cada momento[568].

Derecho", op. cit., pp. 66 y ss.; J. LÓPEZ DE LERMA i LÓPEZ, "Agencias independientes. Origen, naturaleza jurídico-constitucional y control parlamentario", *RCG*, núm. 56, mayo-agosto 2002, pp. 19 y ss.; F. LÓPEZ RAMÓN, "El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente", op. cit., pp. 192 y ss.; M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 195 y ss.; F. MODERNE, "Les modèles étrangers. Etude comparée", en C.-A. COLLIARD y G. TIMSIT (Dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988, pp. 186 y ss.; L. A. POMED SÁNCHEZ, "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", op. cit., pp. 162 y ss.; A. RALLO LOMBARTE, *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 2002; o, J. M. SALA ARQUER, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", op. cit., pp. 420, quien propone una solución casuística para "investigar, caso por caso, si en nuestra Constitución existe algún fundamento que permita extraer ciertas funciones administrativas del sistema de decisión por mayorías, atribuyéndoles un ámbito de independencia".

Se refiere también a la "problemática incardinación constitucional en nuestro sistema" de las Administraciones independientes, si bien desde la perspectiva de la construcción y gestión de obras públicas, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "La financiación privada de la construcción de obras públicas…", op. cit., p. 27.

[567] E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 438. No en vano, denuncia T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "La autonomía de los Bancos Centrales", *PEE*, núm. 43, 1990, p. 5, el abuso del lenguaje que supone el empleo de la expresión "independencia" para explicar el *status* de ciertas instancias como los Bancos Centrales, aumentando la confusión de un tema ya complejo de por sí. De ahí su preferencia por el término "autonomía". Se refieren también a la utilización equívoca de los términos independencia y autonomía en relación con estos entes, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 197 y ss.; F. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, "La Administración independiente: definición, naturaleza, encuadramiento sistemático y regulación", op. cit., pp. 46 y ss.; y, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 262, quien reconoce que el término "independencia" quizás sea excesivo para aplicarlo "a unos organismos y a sus titulares que no pueden ir muy lejos sin el concurso del Gobierno".

[568] Alerta tempranamente sobre ello J. M. SALA ARQUER, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", op. cit., p. 409, al subrayar cómo a través de la independencia, la neutralidad se hace efectiva en la práctica. Sobre las distintas nociones del término neutralidad y la neutralidad como independencia, vid. A. TRONCOSO REIGADA, "Las Agencias de Protección de Datos como Administración independiente", op. cit., pp. 35 y ss. Asimismo, respecto a las garantías y controles articulados para la defensa de tal independencia, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, op. cit., pp. 357 y ss.

Otra cosa es que tal profesionalización sea efectivamente superior en el ámbito de las calificadas como Administraciones independientes. Conviene recordar que la Administración Pública matriz dispone también de empleados públicos, es decir, de profesionales cualificados y especializados, seleccionados conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad, sin que exista en las entidades independientes más garantías de formación o cualificación técnica, en muchas ocasiones, que la propia honorabilidad de las personas seleccionadas para desempeñar en ellas sus funciones[569].

Tampoco queda suficientemente acreditada ni garantizada la neutralidad política de estas Administraciones, sin que las manifestaciones normativas favorables a su autonomía o neutralidad tengan muchas veces que ver con lo que realmente sucede en la práctica, dado que múltiples aspectos de su funcionamiento, entre otros, el nombramiento de su personal directivo o su suficiencia financiera, dependen, finalmente, de instancias de naturaleza eminentemente política[570].

Las reticencias que suscitan las Administraciones independientes derivan así, en última instancia, del casuismo y la singularidad de los regímenes jurídicos que corresponden a unas entidades a las que se pretende dotar de neutralidad política, sin conseguirlo siempre de forma efectiva, y a las que se confían importantes funciones reguladoras y supervisoras para la protección y garantía de derechos fundamentales o para la ordenación, en su caso, de sectores económicos claves. Y ello pese a la huida que protagonizan, en muchas ocasiones, sus normas creadoras y estatutarias respecto del régimen de Derecho público que habría de serles naturalmente de aplicación a la luz de las funciones que desempeñan[571].

569 Vid., con mayor profundidad, sobre las implicaciones de este requisito de honorabilidad o buena reputación, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades", *RAP*, núm. 130, enero-abril 1993, pp. 23 y ss.

570 A los problemas prácticos planteados por la supuesta neutralidad política de las Administraciones independientes se refieren, entre otros, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 226 y ss.; F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, "Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", op. cit., p. 182; M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 120 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, pp. 262 y ss.; o, F. SOSA WAGNER, "Servicio público y el papel de la nueva Administración", op. cit., pp. 281 y ss.

571 Así lo denuncia, entre otros muchos, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 263, para quien "es frecuente aprovechar la coartada de la necesidad de la independencia funcional como excusa para huir del Derecho público, en especial de los procedimientos de selección de contratistas y del régimen funcionarial, en beneficio de la contratación laboral del personal directivo con el fin de asegurar unas mayores retribuciones y discrecionalidad en los nombramientos". Para E. GARCÍA LLOVET, "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", op. cit., pp. 95 y ss., se encuentran inmersas, en realidad, en una doble huida, la del Derecho público y la fuga de la dirección y control de la actividad administrativa por las instancias de decisión política. También A. RALLO LOMBARTE, "Las Administraciones independientes: una aproximación constitucional", op. cit., p. 11, denuncia esta huida del Derecho público y, en particular, la que protagonizan del Derecho Constitucional o, en otros términos, "de los parámetros básicos que aporta el Derecho Constitucional a la articulación y al fundamento del poder".

No es fácil unificar en una exposición común los criterios, requisitos y rasgos definidores de su actividad, por cuanto no hay duda que dependen, en fin, del elenco de funciones que las diversas normas creadoras y estatutarias atribuyen a cada uno de estos organismos independientes. Entre las que cabría calificar de funciones comunes o generales, destacan, en cualquier caso, de forma especial, la normativa, la de inspección e intervención y, como corolario lógico de la anterior, la sancionatoria[572], recayendo sobre la ley de creación y regulación de la Administración independiente correspondiente el reconocimiento y la atribución a la misma de esta última potestad y a sus estatutos, en su caso, la concreción de los órganos competentes para su ejercicio.

3. Sociedades mercantiles estatales.

El alumbramiento de las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos por Ley 28/2006, de 18 de julio, representa una reacción indudable a la progresiva fragmentación, atomización y proliferación, al amparo de la LOFAGE, de organismos de naturaleza tanto pública como privada, dependientes de la Administración General del Estado, con regímenes jurídicos diversos y absolutamente particularizados, cada vez más alejados del ámbito de aplicación y del sistema de garantías del Derecho Administrativo[573].

Y, sin embargo, la conversión del binomio inicial de organismos públicos, esto es, organismos autónomos y entidades públicas empresariales, en una terna tras la incorporación de la nueva agencia, no ha logrado despejar de forma definitiva las incógnitas planteadas ni esclarecer las sombras provocadas por la denominada huida, cuando no auténtica estampida, del Derecho Administrativo y la consiguiente rebaja de las garantías jurídico-administrativas en el funcionamiento y actividad no sólo de las denominadas Administraciones independientes, sujetas a un régimen jurídico-público absolutamente particularizado, sino, en concreto,

572 J. Mª. ABAD LICERAS, "El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores y supervisores en el mercado español", en J. Mª. ABAD LICERAS y F. IRURZUN MONTORO (Coords.), *La Administración reguladora y supervisora: visión teórico-práctica*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 80 y ss., clasifica las funciones de los organismos reguladores y supervisores en comunes o generales y singulares o especiales. M. BURZACO SAMPER, "La potestad sancionadora de la Administración y su aplicación en el caso de los organismos reguladores", *ídem*, p. 108, no duda en calificar, en este sentido, la potestad sancionatoria administrativa de "«cierre» lógico y presupuesto de eficacia" de las labores de vigilancia e inspección que tienen encomendadas los organismos reguladores.

573 Un crecimiento exponencial que R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 247, atribuye en buena medida a la "crisis del dogma liberal de la incapacidad industrial del Estado".

de las sociedades mercantiles estatales y de las fundaciones creadas a iniciativa pública, ya sean de naturaleza pública *stricto sensu* o en mano pública.

Por lo que se refiere, en particular, a las sociedades mercantiles estatales, encuentran acomodo en la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE[574]. Su constitución para según qué fines ha suscitado recelos en la doctrina, que dejan al descubierto los serios interrogantes que plantea su régimen jurídico y el de las obras públicas y servicios que, en su caso, construyen y/o gestionan[575].

El carácter de sociedades mercantiles estatales se atribuye tan sólo a aquellas sociedades mercantiles en las que la Administración General del Estado o sus organismos públicos cuenten con una participación mayoritaria, directa o indirecta en su capital, o cuyo capital sea íntegramente público, debiendo operar en el mercado en igualdad de condiciones con las demás empresas mercantiles privadas, exigencia que también impone el Derecho comunitario europeo, con las únicas excepciones que en él se establecen[576].

[574] Conforme a su apartado primero, "las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública". El apartado segundo dispone que aquellas con forma de sociedad anónima "cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por el Título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación". Finalmente, y de acuerdo con el apartado tercero de la Disposición, "la Corporación de Radio y Televisión Española, como sociedad anónima estatal dotada de especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirá en primer lugar por su Ley reguladora y sus estatutos sociales; en segundo lugar por su legislación sectorial y por las normas reguladoras de las sociedades mercantiles estatales en lo que le sean de aplicación, y, en defecto de la anterior normativa, por el ordenamiento privado".

[575] Vid. en particular, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)", *RAP*, núm. 144, septiembre-diciembre 1997, pp. 47 y ss., quien habla del "fraude" de encomendar a una personificación formal jurídico-privada una actuación que debería ser netamente pública, subrayando las consecuencias negativas que derivan de la admisibilidad de deferir a sociedades instrumentales la contratación necesaria para la ejecución de obras públicas. También Mª. N. DE LA SERNA, "Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 509 y ss., se pregunta sobre la situación legal de las sociedades mercantiles en las que la participación pública constituye una forma específica de garantía y realización de un fin de interés público. Sobre la creación y evolución histórica de la figura, vid. L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, pp. 300 y ss.; y, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, pp. 247 y ss.

[576] En cualquier caso, cuando el capital de la sociedad mercantil estatal, con forma de sociedad anónima, sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán, conforme al apartado segundo de la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE, por el Título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación. Se les aplica, en consecuencia, un régimen similar, en algunos aspectos, al de las entidades públicas empresariales, como ha subrayado L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 302. Sobre el régimen aplicable, en particular, a estas sociedades mercantiles, vid., por todos, S. HURTADO IGLESIAS, "Sociedades mercantiles", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1.527 y ss.

La flexibilización pretendida con la implantación de este nuevo modelo empresarial de gestión pública constituye, en realidad, una muestra más del fenómeno contemporáneo de huida del Derecho administrativo y de los controles públicos. No en vano, procuran un mayor margen de libertad a los poderes públicos competentes en la materia correspondiente, al propiciar la separación de funciones en este ámbito y la entrada decidida del Derecho privado en su regulación[577].

Esta suerte de privatización de cometidos en muchas ocasiones propios de la Administración Pública[578], resulta tanto más polémica si se toma en consideración lo parco del régimen jurídico aplicable a estas sociedades y las dudas que han planteado en su funcionamiento, especialmente en su actividad contractual[579]. Dudas

[577] Así lo sostienen también I. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, "Sociedades estatales, obras públicas hidráulicas y desalación de las aguas marinas: algunas acotaciones al talante privatizador de la última reforma de la Ley de Aguas", en L. COSCULLUELA MONTANER (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 320; y, J. PEMÁN GAVÍN, "La gestión de obras y servicios públicos. Nuevas entidades instrumentales y nuevas formas de contratación. (A propósito del Seminario sobre la materia organizado por el Instituto Aragonés de Administración Pública)", *RAAP*, núm. 17, diciembre 2000, p. 369. M. FUERTES LÓPEZ, *Grupos públicos de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 13, subraya, en cualquier caso, cómo la presencia de una Administración en su constitución y organización ha de tintar, de algún modo, el Derecho que les resulte de aplicación, dando lugar a un régimen singular y diverso al del Derecho propiamente societario.

[578] J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)", op. cit., p. 63, destaca, respecto al supuesto particular objeto de su atención, su alejamiento de las actividades propiamente prestacionales, ya sean económicas o de cualquier otra especie, así como de las mercantiles o de dación de bienes o servicios al mercado, subrayando su calificación de "actividades netamente administrativas".

[579] Una labor de auténtica "ingeniería jurídica" con el fin de "tratar de salvar la cara" ante los imperativos del Derecho comunitario, en opinión de J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)", op. cit., pp. 64 y ss. Sobre el esfuerzo realizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por delimitar los conceptos de entidad adjudicadora y organismo de Derecho público a efectos de determinar el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública y su impacto sobre el ordenamiento jurídico español, vid., por todos, M. FUERTES LÓPEZ, "Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *REALA*, núm. 279, 1999, pp. 25 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas (Sentencia Comisión c. España C-214/00, de 15 de mayo de 2003)", *REDA*, núm. 119, julio-septiembre 2003, pp. 471 y ss.; del mismo autor, "Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre la contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)", *REDA*, núm. 120, octubre-diciembre 2003, pp. 667 y ss.; J. A. MORENO MOLINA, "Reciente evolución del Derecho comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000. Comisión contra España", en J. Mª. GIMENO FELIÚ (Coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 17 y ss.; J. L. PIÑAR MAÑAS, "La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos, y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas", *AJA*, núm. 585, 2003, pp. 1 y ss.; y, P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, "Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho administrativo e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas", *RGDA*, núm. 12, junio 2006 (publicación electrónica del portal www.iustel.com).

a las que se ha enfrentado el propio Tribunal Constitucional, que en su temprana Sentencia 14/1986, de 31 de enero, recuerda la íntima conexión, a estos efectos, entre Administración matriz y sociedad instrumental, para subrayar a continuación el carácter ineludiblemente público de tal vínculo de unión.

Sostiene, de esta forma, que "la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexionan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica". Y así, "la forma mercantil supone la introducción en el tráfico de una entidad que externamente, en sus relaciones con terceros, va a producirse bajo un régimen de Derecho privado, pero internamente tal sociedad es realmente una pertenencia de la Administración, que aparece como socio exclusivo de la misma, un ente institucional propio de la misma"[580].

Excede, en todo caso, del objeto de este trabajo entrar a analizar la problemática particular que plantean estas sociedades mercantiles, por cuanto la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE sanciona, en su apartado primero, que "las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación", sin que puedan disponer, en ningún caso, "de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública", ni, por tanto, de potestad administrativa sancionadora[581].

Basta con apuntar, por tanto, que su previsión legal en la LOFAGE y el recurso posterior a su constitución obedecen, en principio, a la intención de flexibilizar el régimen jurídico aplicable a la provisión de determinadas obras públicas o a la prestación de ciertos servicios de idéntica naturaleza, amparándose al efecto el legislador en criterios de eficacia y eficiencia que se aducen propios, prácticamente exclusivos, de la gestión privada, pero que cabe, en cualquier caso, poner en duda, en la medida en que la propia realidad nos demuestra que la fórmula societaria puede llegar a erigirse en una vía que simplemente traspase el problema de la financiación pública de los presupuestos de las Administraciones Públicas correspondientes al balance económico de estas sociedades también públicas.

[580] FJ 8.

[581] Prohibición "capital" en opinión de G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Administraciones instrumentales", op. cit., p. 363.

4. Fundaciones.

La evolución de la fundación ha estado marcada por el tránsito desde la marginación al estímulo e incentivación de sus actividades, en lo que García de Enterría califica como el paso del derecho de fundación de excepción a regla general[582]. El artículo 34 de la Constitución supone, en este sentido, un cambio revolucionario en la concepción tradicional de la fundación[583]. Ésta deja de ser la excepción a una regla general que prohíbe la formación de nuevas fundaciones para erigirse en derecho fundamental, constitucionalmente garantizado.

El artículo 1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, cuyo enunciado reitera literalmente el artículo 2.1 de la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, ofrece tiempo después una definición legal de lo que debe entenderse por fundación, haciendo frente así a la necesidad sentida en nuestro ordenamiento jurídico de reconducir la pluralidad de regímenes jurídicos existentes hasta entonces para los diversos tipos fundacionales y, por ende, la artificiosa separación y distinción entre ellas, a unos cauces comunes que permitieran ofrecer una visión unitaria y moderna de la institución[584].

La evolución experimentada por la fundación en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de las últimas décadas, se ve acompañada, además, por la gran innovación que introduce la Ley 30/1994, respecto al fundador en su artículo 6, al admitir la posibilidad de que la iniciativa fundacional provenga de una persona jurídica pública, opción reiterada posteriormente por el artículo 8 de la Ley 50/2002, si bien resulta posible apreciar actualmente ciertos supuestos de adquisición de personalidad jurídico pública por parte de fundaciones constituidas por los poderes públicos al margen de la legislación fundacional privada e integradas, en consecuencia, en el propio esquema organizativo de la Administración fundadora. Se abre con ello la incógnita sobre si cabe hablar con propiedad en estos últimos supuestos de

[582] E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Constitución, fundaciones y sociedad civil", *RAP*, núm. 122, mayo-agosto 1990, pp. 238 y ss.

[583] Así lo subraya entre otros J. L. YUSTE GRIJALBA, "Autonomía de las fundaciones e intervención pública del Protectorado", en la obra colectiva *La Ley 30/1994, de Fundaciones. Ciclo de conferencias de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 209 y ss.

[584] Una visión fundada en la reconducción a la unidad de su régimen jurídico sobre la base de la definición de un nuevo elemento teleológico fundacional más amplio, que exige su adscripción, como declara el artículo 34 de la Constitución, a un "fin de interés general". Vid. a este respecto, C. BARRERO RODRÍGUEZ, "Algunas consideraciones sobre los fines de las fundaciones y su garantía por la Administración", *RAP*, núm. 183, septiembre-diciembre 2010, pp. 73 y ss.

fundaciones de Derecho público, en la medida en que queden fuera del ámbito de aplicación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones[585].

a) Fundaciones privadas del sector público.

El artículo 6.1 de la Ley 30/1994, abrió un debate importante, "enconado" incluso[586], al hilo de la tramitación y aprobación de su enunciado[587]. Representa una novedad sin precedentes en la historia fundacional española, en cuanto consagra de forma expresa, al margen de algún precedente particular anterior, la posibilidad de que las Administraciones Públicas ostenten la iniciativa fundacional[588].

Actualmente, el artículo 8 de la Ley 50/2002, reitera, punto por punto, lo dispuesto en este antecedente, reconociendo a las personas jurídico-públicas, en su apartado cuarto, "capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario".

La entidad resultante no adopta, sin embargo, la condición de ente público, dada la separación tradicional que existe entre fundador y persona jurídica fundada[589].

[585] Sobre la variada tipología de personificaciones fundacionales en nuestro ordenamiento jurídico, vid. A. CASARES MARCOS, "Tipología fundacional", en la obra colectiva J. Mª. BENEYTO PÉREZ (Dir.) y A. RINCÓN GARCÍA LOYGORRI (Coord.), *Tratado de fundaciones*, Bosch, Barcelona, 2007, Tomo I, pp. 179 y ss.

[586] En expresión de T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 93.

[587] Esta posibilidad desató la polémica y dio origen a un sinfín de contribuciones doctrinales en las que se ponderaba la innovación introducida a la luz, fundamentalmente, de la descentralización pública y del fenómeno de la huida del Derecho administrativo, cuestionándose, incluso, la propia constitucionalidad del precepto sobre la base de una hipotética reserva constitucional de Derecho administrativo. En este último sentido, G. ARIÑO, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El sistema contractual administrativo*, Comares, Granada, 2002, Tomo I, p. 61; S. DEL SAZ CORDERO, "Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional", en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 172 y ss.; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MÚÑIZ, "Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad", en *XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, Barcelona, 2002, pp. 301 y ss.; y, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 252. Da noticia de la severa crítica doctrinal desatada por la Ley 30/1994, en este punto, F. LÓPEZ MENUDO, "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", op. cit., pp. 121 y ss. Vid., asimismo, al respecto, con mayor profundidad, el detenido estudio de Mª. T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 59 y ss.

[588] Anteriormente constituía una auténtica singularidad normativa, tan sólo contemplada y regulada con cierta proyección normativa en el ámbito municipal, si bien planteada cada vez con mayor insistencia ante la asunción de competencias exclusivas en materia de fundaciones por parte de algunas Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía. En particular, J. L. PIÑAR MAÑAS, "Tercer Sector: sector público y fundaciones", en *XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, Barcelona, 2002, p. 265, quien se ha referido, expresivamente, a la "notable laguna" saldada en este sentido por el artículo 6 de la Ley 30/1994.

[589] Para J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 302, es éste el dato esencial que diferencia fundaciones y sociedades.

De ahí las críticas doctrinales vertidas en torno a una posibilidad que parece instaurarse, en definitiva, como cauce óptimo para la materialización de la huida del Derecho administrativo[590].

Pese a ello, no cabe defender otra interpretación del enunciado de este precepto, en cuanto la afirmación de la personalidad pública de estas entidades resultaría extraña a la propia naturaleza y régimen tradicional de la institución fundacional[591]. Las únicas excepciones a este principio general, esto es, a la naturaleza jurídica privada de todas las fundaciones de iniciativa pública, son las fundaciones públicas del servicio, reguladas en los artículos 85 a 88 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante, RSCL), las fundaciones del Patrimonio Nacional, contempladas en la Disposición Adicional Primera de la Ley 50/2002, a las que tampoco se aplica esta norma sino la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional, y las fundaciones públicas sanitarias, cuyo carácter público aparece expresamente recogido y desarrollado en el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social[592].

Para el resto de las fundaciones constituidas a iniciativa de una persona jurídico-pública rige la Ley 50/2002, que si bien dedica su Capítulo XI a las fundaciones

[590] El significado del artículo 6.1 de la Ley 30/1994, ha sido subrayado por F. SOSA WAGNER, "La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo I, p. 1.931, para quien "prácticamente se abaten con él las fronteras entre lo público y lo privado", destruyendo "las mugas que siempre delimitaron ambas esferas". Vid., asimismo, sobre la atracción de la Administración por el régimen jurídico característico de las personificaciones privadas, el fenómeno de la huida del Derecho administrativo y los problemas jurídicos derivados de esta cuestión, entre otros muchos, J. C. ALLI TURRILLAS, "¿A qué nos referimos al hablar de fundaciones públicas? (Las agudas aristas de una figura singular)", en J. F. ALENZA GARCÍA y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (Dirs.), *Organización y procedimientos administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 303; y, del mismo autor, *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 409 y ss.; J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, "Fundaciones de la Administración Pública", en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (eds.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 651 y ss., así como la doctrina allí citada; M. CUSCÓ y M. CUNILLERA, *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Dijusa, Madrid, 2005, p. 62; E. MALARET i GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonómics i locals, Barcelona, 2005; J. L. PIÑAR MAÑAS, "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", *REDA*, núm. 97, enero-marzo 1998, pp. 37 y ss.; y, en fin, J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

[591] Así lo subraya también J. L. BERMEJO LATRE, "Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la «huida» del Derecho administrativo", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo I, p. 935.

[592] A ellas se suman, además, otras fundaciones públicas creadas o regidas por leyes especiales. Así, por ejemplo, la Fundación Lázaro Galdeano, creada por Ley de 17 de julio de 1948, la llamada Obra Pía de los Santos Lugares, regulada por Ley de 3 de junio de 1940, o las Fundaciones en el extranjero cuyo protectorado ejerce el Ministerio de Asuntos Exteriores al amparo de los Decretos de 12 de diciembre de 1947 y 13 de abril de 1951. Se refieren a esta pléyade de personificaciones fundacionales, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, pp. 392 y ss.; y, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 252.

del sector público estatal, no define su naturaleza pública ni las excluye del régimen aplicable al resto de las fundaciones privadas.

La legislación fundacional vigente no establece, en suma, diferencias esenciales en el régimen jurídico que les resulta de aplicación, respecto a aquellas otras fundaciones derivadas, por el contrario, de la iniciativa particular, si bien introduce ciertas modulaciones con el fin de adaptar su régimen jurídico a las necesidades de la propia organización administrativa[593]. Se multiplican, en consecuencia, al amparo de la legislación en materia de fundaciones y de otras regulaciones posteriores del fenómeno fundacional en relación con el sector público, los regímenes jurídicos aplicables a las fundaciones dependientes de las Administraciones Públicas, dando lugar a una dispersión normativa cada vez más acusada y llamativa[594].

Este fenómeno de diversificación y especialización de las fundaciones ligadas al ámbito público dificulta sobremanera, en opinión de García de Enterría y Fernández Rodríguez, la inducción de "un tipo común que englobe todos los supuestos aludidos en un estatuto general", por lo que juzgan "más simple explicar sus peculiaridades como un conjunto de normas jurídico-públicas particulares que se sobreponen al fondo jurídico-privado del Derecho común de fundaciones, que es simplemente utilizado por la Administración"[595].

a') Fundaciones del sector público estatal.

A diferencia del texto legal de 1994, la Ley de Fundaciones de 2002, establece una regulación mínima, si bien insuficiente a todas luces, de las fundaciones creadas a iniciativa pública. Además de la reiteración literal en su artículo 8 del reconocimiento de 1994 de la capacidad fundacional de las personas jurídico-públicas, incorpora, asimismo, un Capítulo en el que aborda expresamente el régimen jurídico de las que denomina, en sentido estricto, fundaciones del sector público estatal[596].

[593] Vid., en particular, sobre la adaptación y transformación de la figura fundacional para adecuarla a la organización administrativa y la multiplicación de los controles sobre las fundaciones de la Administración, J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, "Fundaciones de la Administración Pública", op. cit., pp. 666 y ss.

[594] J. L. PIÑAR MAÑAS, "Tercer Sector, sector público y fundaciones", *Tercer Sector*, núm. 1, octubre-diciembre 2005, pp. 33 y ss., se hace eco de este fenómeno expansivo.

[595] E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, Tomo I, p. 378.

[596] Avanzando así, en expresión de J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, "Fundaciones de la Administración Pública", op. cit., p. 651, respecto a la "situación de anomia jurídico-administrativa" anterior. En efecto, la Ley fundacional de 1994, no define un tipo específico de fundaciones en atención a la naturaleza jurídico-pública del fundador ni establece una regulación particular aplicable a las mismas. Habrá de esperarse

Integrado por los artículos 44 a 46, el Capítulo XI establece no sólo el concepto de este tipo de fundaciones, sino también las normas reguladoras de su creación, que exige autorización previa del Consejo de Ministros, y el régimen jurídico aplicable a las mismas.

Conforme al artículo 44 de la Ley sólo alcanzan la consideración *stricto sensu* de fundación del sector público estatal aquéllas en las que concurra alguno de los requisitos que exige al efecto el propio enunciado del precepto, en concreto, "que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal", o bien que "su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades"[597].

De esta forma, cabe dividir las fundaciones privadas constituidas en el ámbito estatal en dos grandes grupos. De un lado, aquéllas que encajan en lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley de Fundaciones de 2002, y a las que se aplica, en consecuencia, el régimen jurídico pormenorizado en su Capítulo XI. De otro, aquellas otras que no cumplen, en cambio, ninguno de estos requisitos, quedando excluidas del Capítulo XI de la Ley y sujetas, por tanto, a la legislación fundacional correspondiente al régimen común.

El artículo 46 concreta, por su parte, el régimen jurídico aplicable a las fundaciones del sector público estatal[598]. Confía su Protectorado, independientemente del ámbito territorial de actuación de la fundación, a la Administración General del Estado[599], disponiendo limitaciones y particularidades propias del Derecho público en materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, selección de personal, contratación y disposición dineraria de fondos. Se prohíbe expresamente el ejercicio fundacional de potestades públicas, y, por tanto, de la potes-

hasta el año 2000 para que el artículo 6.5 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, de 23 de septiembre de 1988, establezca, en la redacción conferida al mismo por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, los requisitos que ha de cumplir una fundación para ser considerada del sector público. Se refiere a este proceso de paulatina regulación de la figura, D. VILLAVERDE PAGE, "Las fundaciones públicas estatales", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1.573 y ss.

[597] R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, pp. 252 y ss., llama la atención, en este sentido, sobre el riesgo que comporta esta definición legal, por cuanto da cobertura a la posible creación de fundaciones constituidas con dinero público pero gobernadas por Juntas de patronato formadas por patronos privados inmunes a su revocación por el ente público que aportó el capital.

[598] Aplicándose en todo lo no previsto en estos preceptos, lo dispuesto por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, para las de iniciativa privada.

[599] Alterando con ello la regla general de atribución competencial en el ámbito fundacional.

tad administrativa sancionadora, disponiendo que "únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa".

b') Fundaciones de iniciativa pública sometidas al régimen fundacional común.

La consagración de la capacidad de fundar de las personas jurídico-públicas en el artículo 8 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, supone admitir la posibilidad de que concurran como fundadoras o cofundadoras de instituciones en las que pudiera no cumplirse alguno de los requisitos previstos para las del sector estatal en el artículo 44 de la propia Ley de Fundaciones, en cuyo caso nos situamos ante un tipo distinto de fundación a iniciativa pública que si bien comparte con la fundación del sector público estatal la naturaleza pública del fundador, difiere de ella en el régimen jurídico aplicable.

Si en estas últimas el régimen jurídico a aplicar era el privado modulado por la imposición de ciertas obligaciones y limitaciones de Derecho público, en esta otra categoría residual, esto es, la de las fundaciones constituidas a iniciativa pública que no cumplan ninguno de los requisitos enunciados por el artículo 44 de la Ley 50/2002, el régimen a aplicar es el común al resto de instituciones fundacionales creadas a iniciativa particular, por lo que tampoco cabe apreciar en ellas la posible titularidad de potestad administrativa sancionadora.

b) Fundaciones de naturaleza pública.

a') La evolución jurídica de la fundación como forma de gestión de los servicios públicos locales.

La evolución de la legislación local respecto al empleo de la fórmula fundacional para la gestión de los servicios públicos locales ha sido vertiginosa. En menos de una centuria se ha pasado del desconocimiento de la institución, a su reconocimiento como establecimiento de naturaleza pública, posteriormente equiparado al organismo autónomo, y, finalmente, a su reconducción y nueva proliferación al amparo de la personificación privada de la fundación a iniciativa pública que amparan expresamente las Leyes de Fundaciones de 1994 y 2002.

La incorporación explícita y expresa de la fundación al ámbito local se produce en 1955 con la aprobación del RSCL y la regulación en sus artículos 85 a 88 de la fundación pública del servicio como una de las formas para su gestión directa[600].

Frente al silencio de la Ley de Régimen Local entonces vigente, aprobada por Decreto de 16 de diciembre de 1950[601], que no se refería expresamente a esta modalidad, el artículo 85 de su desarrollo reglamentario permite a las corporaciones locales, bajo la modalidad de la "fundación pública del servicio", "realizar los servicios de su competencia dotándolos de personalidad jurídica pública" en ciertos supuestos, concretamente, cuando lo exigiere una ley especial, cuando adquiriere de los particulares bienes adscritos a determinado fin y cuando así lo aconsejare el adecuado desarrollo de sus competencias en materia de beneficencia, cultura o de naturaleza económica[602].

La legalidad de esta opción resultaba indiscutible, en opinión de ALBI, ya que a pesar de la ausencia de mención expresa por parte del legislador respecto a la fundación pública del servicio, ésta quedaría amparada por lo dispuesto en el artículo 121 b) tanto de la Ley de Régimen Local de 1950, como del posterior Texto Refundido de 1955[603], que reconocía al pleno municipal competencia para "la creación, modificación o disolución de […] Instituciones o Establecimientos municipales"[604].

No obstante, su denominación concreta fue duramente criticada por el autor citado, al entender que suponía "una nomenclatura inusitada en nuestro derecho positivo". Se mostraba reacio a su empleo por el silencio de la legislación local vigente en la materia, que sí se refería profusamente, sin embargo, a los "establecimientos públicos", así como por la "zona de confusionismo" que creaba con una "institución similar de derecho privado"[605].

---

600 Los artículos 85 a 88 del RSCL integran la Subsección 3ª, de la Sección 3ª, relativa a las "Formas de gestión directa", perteneciente, a su vez, al Capítulo III del Título III del Reglamento dedicado a los "Servicios de las Corporaciones locales".

601 Decreto de continuación al texto articulado de la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945.

602 F. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, *La ordenación legal de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 2006, p. 288, se refiere a los orígenes del reconocimiento normativo de la fundación pública como ente personificado en el Estatuto municipal de 1924 y, posteriormente, en la Ley municipal de la II República, hasta incorporarse al RSCL de 1955, todavía vigente.

603 El Decreto de 24 de junio de 1955, aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de bases de régimen local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953.

604 F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 329.

605 El autor citado, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, op. cit., pp. 329 y ss., prefería la denominación de "establecimiento público", que, procedente del Derecho francés, había logrado al menos "una bien cimentada carta de naturaleza en nuestro país", siendo así "que las entidades

La fundación pública de servicio era, en realidad, una institución constituida a iniciativa del ente local, a quien correspondía apreciar libremente su conveniencia, con el fin último de gestionar descentralizadamente un servicio público de su competencia bajo una fórmula organizativa que presuponía su personificación y naturaleza pública[606]. La fundación así creada, promovida por la propia corporación local o por un particular que confiaba ciertos bienes a la Administración local bajo el encargo de su constitución para el cumplimiento de determinados fines concretos[607], quedaba sometida por completo al Derecho administrativo en cuanto auténtico establecimiento público susceptible de la titularidad y el ejercicio de potestades administrativas, entre ellas, la sancionadora.

El régimen estrictamente administrativo de la fundación así constituida por la corporación local se desprende del propio Reglamento de Servicios, cuyo artículo 86 confía a los servicios personalizados un patrimonio especial, "afecto a los fines específicos de la Institución que se constituyere", y sujeta su actividad a un Estatuto propio "aprobado por la Corporación local", en el que se habrán de determinar, conforme a lo dispuesto en el artículo 87, "los órganos de gobierno y su competencia, así como las facultades de tutela de la Corporación que instituya la fundación"[608].

En todo caso, la fundación pública del servicio tuvo su ocaso como tal en nuestro ordenamiento jurídico al ceder su protagonismo y reconducir su función específica en beneficio del organismo autónomo local configurado y regulado por Ley de 26 de diciembre de 1958, de Entidades Estatales Autónomas[609]. Así lo sanciona el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, que tan

administrativas personificadas y patrimonializadas vienen denominándose Establecimientos públicos por la Ley, por la jurisprudencia y por los tratadistas españoles". En este sentido, sobre la descentralización *par les établissements publics* y el planteamiento del problema en España, puede verse, con mayor profundidad, G. ARIÑO ORTIZ, *La Administración institucional (bases de su régimen jurídico)*, op. cit., pp. 71 y ss.

606 Así se desprende, en particular, de su inclusión expresa entre las formas de gestión directa de los servicios enumeradas en el artículo 67 del Reglamento, que entiende, además, por gestión directa, conforme al enunciado literal de su artículo 41, "la que para prestar los servicios de su competencia realicen las Corporaciones locales por sí mismas o mediante Organismo exclusivamente dependiente de ellas".

607 No confundir con la fundación creada a iniciativa particular y cuyo patronazgo recae, por voluntad del fundador, en la corporación local.

608 Este Estatuto es calificado expresivamente por F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, op. cit., p. 335, de "simple reglamento administrativo". Resulta asimismo significativo, que el artículo 88 disponga expresamente la sucesión universal de la Corporación "al disolverse la Institución".

609 En este sentido, F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, op. cit., p. 332, para quien se produce un mero cambio de denominación de estas entidades debido a la "terminología particular" asentada al respecto por la Ley de 1958; y, F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2008, p. 100, que entiende que el legislador "ha reputado más apropiado" el organismo autónomo local que la fundación pública del servicio, reflejo, a su vez, en España "de la idea francesa del establecimiento público".

sólo menciona expresamente, como formas de gestión directa de los servicios públicos de la competencia local, la gestión por la propia entidad local, el organismo autónomo local, la entidad pública empresarial local y la sociedad mercantil local.

De esta forma, la gestión directa y descentralizada del servicio público queda confiada, en cuanto a la constitución de entidades de Derecho público se refiere, al organismo autónomo local. No obstante, la vigencia, al menos formal, de los artículos 85 a 88 del RSCL, afectados por el enunciado del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuya Disposición Derogatoria Única, apartado 1 f), establece expresamente su vigencia en cuanto no se opongan a lo establecido en la Ley a que desarrolla y en su propio articulado, así como la sustitución operada al amparo de la Ley de 1958, de estas fundaciones por los organismos citados, ha motivado la equiparación y consideración indistinta de organismos autónomos locales y fundaciones locales de servicio[610].

La afirmación de estas últimas está avalada, además, por la consideración de la elección concreta de las formas de gestión de los servicios públicos locales como expresión de la autonomía local y, en concreto, de su potestad de autoorganización, lo que ha llevado a negar, por tanto, en cuanto a la constitución de fundaciones públicas locales, el desplazamiento de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local y del RSCL de 1955, por la legislación de contratación pública y, en particular, por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas[611]; y ha sido subrayada, en fin, por la propia jurisprudencia, que se ha referido, en diversas ocasiones, y de forma explícita, a las fundaciones públicas constituidas para la gestión de servicios locales al amparo del Reglamento de Servicios de 1955[612].

610 Sobre la vigencia actual de estos preceptos, vid., en particular, F. LLISET BORRELL y J. A. LÓPEZ PELLICER, *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, El Consultor, Madrid, 2002, pp. 335 y ss.

611 F. SOSA WAGNER, "La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales", op. cit., p. 1.912, se refiere expresamente a esta cuestión.

612 A título de ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1988 (Ar. 5319), en la que se desecha tajantemente, respecto al Patronato Municipal de Guarderías Infantiles de Barcelona, aquella "literalista interpretación que desconoce la verdadera naturaleza que liga a una Administración matriz con los entes institucionales que de él dependen", o la de 22 de septiembre de 1995 (Ar. 7495), en la que se subraya la personalidad y capacidad meramente "operativas o instrumentales" de la Fundación Pública Teatro Municipal Miguel de Cervantes, así como la insuficiencia de la "autonomía funcional" a que se refiere el artículo 1 de sus Estatutos para "relevar al Ayuntamiento de responsabilidad, aunque sólo sea subsidiaria, en las obligaciones contraídas por el Teatro para el cumplimiento de fines municipales". Destaca, en particular, por su extensión y profundidad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 25 de octubre de 1999 (AC 1835), sobre la Fundación del Patronato de Zorroaga, sobre la que recae la gestión directa del servicio funerario.

b') Fundaciones del Patrimonio Nacional.

La Disposición Adicional Primera de la Ley de Fundaciones de 2002, excluye expresamente de su ámbito de aplicación a "las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional", que se regirán por su normativa propia, esto es, por la propia Ley 23/1982, citada y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 496/1987, de 18 de marzo. En todo caso, les será de aplicación supletoria, conforme al artículo 6.1 del texto legal de 1982, la Ley del Patrimonio del Estado[613].

El artículo 2 de la Ley del Patrimonio Nacional extiende esta calificación jurídica a los bienes de titularidad estatal afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Familia Real para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las Leyes les atribuyen, así como a los derechos y cargas de Patronato sobre las Fundaciones y Reales Patronatos a que se refiere la propia Ley de 1982, en su artículo 5[614].

El artículo 7 recoge, por su parte, el contenido y régimen jurídico de los derechos de Patronato mencionados, remitiéndose a estos efectos a las cláusulas fundacionales correspondientes para la determinación exacta de su contenido y alcance, que, no obstante, comprenderá con toda amplitud, en caso de insuficiencia de las mismas, las facultades de administración de las fundaciones respectivas.

En todo caso, no cabe sino concluir la naturaleza jurídica pública de estas fundaciones vinculadas al Patrimonio Nacional[615], por cuanto sus fondos proceden de los Presupuestos Generales del Estado y están afectados a fines públicos, quedando sometidas, además, al control del Tribunal de Cuentas y a una intervención pública cualificada a través del Consejo de Administración, entidad de Derecho

[613] Esta remisión al Texto Articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, debe entenderse efectuada en la actualidad a la vigente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en función de la Disposición Adicional Cuarta de esta última.

[614] Este último recoge, en particular, la lista de aquellos derechos de patronato o de gobierno y administración sobre ciertas fundaciones, denominadas propiamente Reales Patronatos, que integran el Patrimonio Nacional, concretamente, la Iglesia y Convento de la Encarnación, la Iglesia y Hospital del Buen Suceso, el Convento de las Descalzas Reales, la Real Basílica de Atocha, la Iglesia y Colegio de Santa Isabel y la Iglesia y Colegio de Loreto, todos ellos radicados en Madrid, así como el Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, sito en dicha localidad, el Monasterio de Las Huelgas, en Burgos, el Hospital del Rey, también en dicha capital, el Convento de Santa Clara, en Tordesillas, el Convento de San Pascual, en Aranjuez, y el Copatronato del Colegio de Doncellas Nobles, en Toledo. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, en particular, sobre el carácter exhaustivo de los listados comprendidos en los artículos 4 y 5 de la Ley en su Sentencia de 2 de octubre de 1989 (Ar. 6837).

[615] Más aún si se aplican aquí los criterios jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia al hilo del análisis de la naturaleza jurídica de las fundaciones locales de servicio.

público, orgánicamente dependiente de la Presidencia del Gobierno, conforme al artículo 1 de la Ley del Patrimonio Nacional.

A este Consejo de Administración del Patrimonio Nacional corresponden las competencias relativas a la gestión, organización y funcionamiento de estas fundaciones. Está expresamente excluido, por el artículo 1 de la Ley del Patrimonio Nacional, del ámbito de aplicación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, derogada y sustituida con posterioridad por la actualmente vigente LOFAGE, detallándose su composición y competencias en el artículo 8.

A la luz de su naturaleza pública y de lo dispuesto al respecto por el artículo 127 de la LRJAP y PAC, cabría su consideración teórica como potencial depositario de la potestad administrativa sancionadora, posibilidad que en la práctica es preciso desechar, no obstante, ante el silencio que mantiene al respecto la Ley 23/1982, que ha optado por confiar al Consejo de Administración competencias genéricas de administración, entre las que caben incluso la potestad normativa para la organización y funcionamiento de las distintas dependencias, así como la de su inspección, silenciando, no obstante, cualquier referencia a una hipotética titularidad o ejercicio de la potestad sancionatoria.

c') Fundaciones públicas sanitarias.

Particularmente compleja es la problemática suscitada por la reforma de los servicios públicos sanitarios y la ampliación de las formas de gestión sanitaria para dar cabida en su seno, entre otras, a la persona jurídica fundacional[616]. La legislación actualmente vigente recoge, en este sentido, dos manifestaciones radicalmente diversas de este fenómeno, una eminentemente privada y otra, en cambio, de naturaleza jurídica pública, dándose una interrelación evidente entre ambas[617].

La apertura, en cualquier caso, del sistema sanitario al ámbito fundacional se remonta a la habilitación de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la

[616] Vid., en este sentido, la exposición y el cuadro resumen de las formas de gestión sanitaria incorporadas por Estado y Comunidades Autónomas que ofrece T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, op. cit., pp. 380 y ss. Asimismo, sobre la evolución de la gestión fundacional en el ámbito sanitario, J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT, "Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública", *REDA*, núm. 104, octubre-diciembre 1999, pp. 576 y ss.

[617] La conexión entre ambas figuras ha motivado, incluso, su confusión jurisprudencial. Destacan especialmente, en este sentido, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 27 de enero de 2000 (RJCA 1265), y de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 1 de junio de 2004 (JUR 268822).

Salud por Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, que modifica el modelo establecido por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con la finalidad de "ampliar las formas organizativas de la gestión" que esta última había diseñado.

La acogida doctrinal a esta innovación organizativa fue fría y ante todo crítica con la escasa calidad técnica de su formulación normativa, no sólo por el vehículo específicamente empleado, el decreto-ley[618], sino también por su propio enunciado, al calificar de gestión "indirecta" el empleo de entes interpuestos incluidos en la propia esfera administrativa[619], o al confiar, en fin, la gestión de un servicio público esencial, como es el sanitario, a "cualesquiera entidades admitidas en derecho", dando lugar así a una dilatación excesiva e indeterminada de su posible ámbito de aplicación, no del todo acorde, en definitiva, con un elemental principio de seguridad jurídica[620].

La tramitación parlamentaria del decreto-ley desemboca, finalmente, en la aprobación de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. En su exposición de motivos se subraya la experiencia fundacional adquirida al amparo del Real Decreto-Ley 10/1996, que permitió al Instituto Nacional de la Salud "la puesta en marcha de algunas iniciativas en materia de gestión y, en concreto, la constitución de fundaciones de naturaleza o titularidad pública para la gestión de nuevos hospitales".

Su aprobación plantea, no obstante, serias dudas acerca de la admisibilidad de la gestión fundacional en el ámbito sanitario a raíz del empleo, en su artículo único, de la expresión "entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho"[621]. Frente a quienes opinan que las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, no pueden ser de naturaleza pública y mucho menos de titularidad de nadie, se alzan quienes abogan por una interpretación flexible del

618 J. L. PIÑAR MAÑAS, "Tercer Sector: sector público y fundaciones", op. cit., p. 269; así como, del mismo autor, "Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia", *RGLJ*, núm. 1, 2000, p. 74.

619 M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 43.

620 J. L. PIÑAR MAÑAS, "Tercer Sector: sector público y fundaciones", op. cit., p. 270, habla de la "amplitud desmedida y descabellada de las posibilidades organizativas" planteadas.

621 El primer apartado de su artículo único dispone que "en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho".

término "titularidad", para reconducirlo al ámbito no meramente patrimonial, sino político o de influencia dominante[622].

Sea como fuere, lo cierto es que la realidad de los hechos termina por imponerse, dando paso a la creación y vigencia actual de fundaciones privadas a iniciativa pública para la gestión de servicios sanitarios[623]. La complejidad de su régimen jurídico, concretado en sus estatutos particulares, las aleja un tanto de la legislación fundacional común contenida en las Leyes 30/1994 y 50/2002, dando lugar a una regulación mixta en la que se entrecruzan aspectos tanto de Derecho público como privado. Coherentemente con ello, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 50/2002, de Fundaciones, confía su regulación a "su normativa específica, aplicándoseles los preceptos del Capítulo XI con carácter supletorio".

Ahora bien, la aprobación en este contexto de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, supone una auténtica conmoción en el ámbito sanitario[624], en cuanto crea y establece, en su artículo 111, el régimen jurídico aplicable a las fundaciones públicas sanitarias, definidas como organismos públicos adscritos, en el caso de las de competencia estatal, al Instituto Nacional de la Salud[625].

622 Es contundente, en este sentido, la opinión de J. L. PIÑAR MAÑAS, "Tercer Sector: sector público y fundaciones", op. cit., p. 290. M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, op. cit., p. 49, comparte las críticas al enunciado del precepto, si bien opta por primar la *ratio legis* sobre su discutible tenor literal. En sentido similar se pronuncia también J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, "Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria", en *XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, Barcelona, 2002, pp. 414 y ss.

623 El INSALUD constituyó, en desarrollo de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 10/1996, las Fundaciones Hospital Manacor y Hospital Alcorcón en diciembre de 1996. La sustitución de este marco normativo por Ley 15/1997, trajo consigo la creación de dos nuevas fundaciones hospitalarias en 2001, las Fundaciones Hospital de Calahorra y Hospital Son Llátzer. Todas ellas quedaron sometidas al régimen jurídico derivado de la legislación fundacional vigente al momento de su creación y, en particular, a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, desplazada actualmente por la Ley de Fundaciones de 2002. Asimismo, algunas Comunidades Autónomas han procedido, a su vez, a la creación de fundaciones privadas para la gestión de servicios sanitarios u hospitalarios, destacando, en concreto, el caso particular de la Comunidad Autónoma de Galicia y, en especial, la Fundación Hospital Verín, dependiente del Servicio Gallego de Salud e inaugurada en 1994, antes incluso de la aprobación del Decreto-Ley 10/1996, o las Fundaciones, también gallegas, Hospital Virxe da Xunqueira y Hospital de Barbanza, creadas ambas en 1997, y Hospital do Salnés, en 2000.

624 J. L. PIÑAR MAÑAS, "Tercer Sector: sector público y fundaciones", op. cit., p. 292, valora positivamente lo que considera como un "cambio de rumbo", que deja la constitución de fundaciones privadas "en vía muerta" para abrir la de las públicas, reconduciendo la gestión sanitaria hacia criterios de Derecho público.

625 Se prevé, asimismo, la posibilidad de constitución autonómica de fundaciones públicas sanitarias en su ámbito territorial respectivo, confiándose su regulación a la normativa específica de cada Comunidad Autónoma. Para M. VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, op. cit., p. 52, esta previsión nos sitúa ante un "curioso ejemplo de base meramente nominativa o, en cuanto a su contenido normativo, de base enteramente supletoria", en cuanto la nueva base que representa el artículo 111 de la Ley 50/1998, para el ámbito de la organización sanitaria, "se limita a un *nomen*, una categoría vacía, cuyo entero régimen pueden configurar con toda libertad y, por tanto, de modo completamente diverso, las Comunidades Autónomas competentes en la materia". Como ejemplos concretos de fundaciones públicas sanitarias en el ámbito autonómico destacan, en particular,

Su constitución, modificación y extinción, así como sus correspondientes estatutos, quedan sometidos a aprobación por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. Su régimen jurídico es el establecido por la propia Ley de acompañamiento en el precepto citado, en el que se desglosan algunas de las cuestiones jurídicas más importantes de su regulación, relativas, entre otras, al personal a su servicio, contratación, patrimonio, recursos económicos o régimen presupuestario económico-financiero, declarándose lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la LOFAGE de 1997, como legislación supletoria para lo no previsto en el artículo 111 de la Ley 50/1998. Ante el silencio que guarda al respecto la Ley de medidas de 1998, cabe concluir que resulta de aplicación la LOFAGE a su posible titularidad de potestades administrativas y, por ende, de una hipotética potestad sancionatoria, no reconocida, sin embargo, de forma expresa por la legislación estatal aplicable a estas fundaciones.

Se crea así una nueva categoría organizativa, un *tertium genus* a medio camino entre las reguladas por la LOFAGE, que parece querer recuperar, curiosamente, la fórmula de la fundación pública del servicio regulada en 1955 para el ámbito local[626].

La sustitución, en todo caso, de la Ley de Fundaciones de 1994, por la de 2002 no altera lo dispuesto hasta entonces respecto a esta segunda categoría de fundaciones para la gestión sanitaria, de naturaleza declaradamente pública y, por tanto, institucional más que fundacional, en cuanto su Disposición Adicional Tercera las excluye expresamente de su ámbito de aplicación, remitiéndose al artículo 111 de la Ley de acompañamiento de 1998, y a su normativa específica.

Destaca, en particular, la aprobación del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, por el que se desarrollan las nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, en cuyo Prólogo se justifica la regulación de las fundaciones públicas sanitarias como *tertium genus* ante la "adaptación compleja al ámbito sanitario, dadas las características propias de este sector", de entidades públicas empresariales y organismos autónomos. En él se regulan ambas figuras, tanto las fundaciones privadas en mano pública como las fundaciones públicas sanitarias, previéndose incluso el proceso para la posible conversión de los centros sanitarios ya existentes en fundaciones públicas sanitarias. Su legalidad fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003 (Ar. 1073), desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra su enunciado[627].

Por lo que se refiere a su posible titularidad de la potestad administrativa sancionadora, no cabe duda que las fundaciones privadas en mano pública tienen vedado su disfrute, por ser personas jurídico-privadas y estar sujetas a la normativa común aplicable al resto de las fundaciones de iniciativa privada, con las escasas excepciones en las que el propio legislador de 2002 da entrada puntual a la regulación administrativa, tratándose, sin embargo, de una posibilidad abierta y amparada legalmente para las fundaciones públicas sanitarias en cuanto organismos públicos. Su posible ejercicio de la potestad sancionadora se encuentra cubierta, en este sentido, por lo dispuesto a estos efectos no sólo en el enunciado del artículo 127 LRJAP y PAC sino en la propia LOFAGE para las entidades públicas empresariales, precisando, además, el artículo 65 g) del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, como contenido mínimo de los Estatutos de la fundación pública sanitaria la "determinación de los órganos a los que se confiere el ejercicio de potestades administrativas".

En todo caso, tras el traspaso a las Comunidades Autónomas, a partir del 1 de enero de 2002, de las fundaciones y servicios de la organización sanitaria estatal, todas ellas, fundaciones privadas *stricto sensu* y fundaciones públicas sanitarias de naturaleza institucional, se han convertido en fundaciones de competencia autonómica, dependientes, por tanto, de los servicios autonómicos de salud correspondientes[628].

---

la Fundación Pública Galega de Medicina Xenómica, creada por Decreto 451/2003, de 26 de diciembre, y, más recientemente, la Fundación Pública Sanitaria de carácter asistencial Hospital comarcal de Inca, cuya constitución fue autorizada por Acuerdo del Consell de Govern balear de 17 de marzo de 2006. Sobre las soluciones presentes en el Derecho autonómico para la gestión pública a través de la institución fundacional, desde una perspectiva general, vid. J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT, "Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública", op. cit., pp. 585 y ss.

626 Así lo ha subrayado también M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, op. cit., p. 55. Para J. L. PIÑAR MAÑAS, "Tercer Sector: sector público y fundaciones", op. cit., p. 294, no cabe duda que el legislador ha huido de la LOFAGE, arrumbándose el modelo organizativo de esta última por una "simple ley sectorial". Se muestra asimismo crítico con el mantenimiento del término "fundación", que atribuye a la "obcecación" del Ministerio de Sanidad por la figura. L. PAREJO ALFONSO, Prólogo a M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, op. cit., pp. 10 y ss., habla, en este sentido, de una vuelta sorprendente a la situación organizativa generada por la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, al posibilitarse la existencia de organismos totalmente atípicos "por fruto del ejercicio casuístico y libre de la potestad organizatoria".

627 Vid., en particular, el comentario que realiza a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 50/2002, M. VAQUER CABALLERÍA, "Fundaciones públicas sanitarias y fundaciones sanitarias en mano pública", en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (eds.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 754 y ss.

628 Destaca, en este sentido, debido a la trascendencia alcanzada por la gestión fundacional privada en el ámbito sanitario gallego con anterioridad, incluso, a la aprobación de la Ley de Fundaciones de 1994, la conversión obligatoria de todas las fundaciones sanitarias constituidas por esta Comunidad Autónoma en fundaciones de titularidad y naturaleza pública, conforme a lo exigido por la Disposición Adicional Séptima de la Ley 5/2000, de 28 de diciembre, de Medidas fiscales y de régimen presupuestario y administrativo, desarrollada en este punto por Decreto 276/2001, de 27 de septiembre. Para D. VILLAVERDE PAGE, "Las fundaciones públicas sanitarias", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 699, resulta, en cualquier caso, revelador del escaso éxito y predicamento de la gestión sanitaria fundacional la aprobación posterior del Decreto 183/2008, de 31 de julio, sobre extinción de las fundaciones públicas hospitalarias gallegas. J. L.

B) EJERCICIO INSTITUCIONAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD. EN PARTICULAR, LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

La creación de una Administración institucional supone, independientemente de la fórmula concreta de personificación escogida, la articulación de una organización compleja, con personalidad y capacidad jurídica propia, para la gestión de funciones y servicios que inicialmente son de competencia de la Administración Pública matriz.

Son varios los "motores" de este proceso organizativo singular, esto es, las causas alegadas desde su alumbramiento y consolidación en nuestro ordenamiento jurídico para la puesta en marcha de una Administración de este tipo. Todas ellas redundarán, en última instancia, en su proliferación, multiplicándose exponencialmente el número de entidades instrumentales así creadas, y, muy especialmente, en su singularización, rompiéndose, en definitiva, el corsé impuesto inicialmente por el Título III de la LOFAGE a su organización y régimen jurídico.

Y así, siguiendo en este punto la exposición de García de Enterría y Fernández Rodríguez[629], se subraya, de un lado, la necesidad de alcanzar un alto grado de especialización por parte de la Administración Pública en determinadas materias y servicios públicos, así como la convivencia en estos ámbitos concretos de funciones administrativas muy dispares, entre otras, las de fomento, regulación o control.

Destaca, asimismo, el efecto financiero que implica, de otro lado, la creación de un ente con capacidad patrimonial y autonomía financiera propia, una entidad que excepciona, en definitiva, el principio de universalidad aplicable a los Presupuestos Generales del Estado.

Se constata, en fin, el traslado más acentuado aún, si cabe, desde los años noventa, de esa evasión de los controles financieros a un ámbito mucho más amplio, sustanciándose una auténtica huida de los controles, requisitos y requerimientos instaurados por el Derecho público en general y por el Administrativo en particular[630]. No cabe duda, en este sentido, que la remisión del legislador a los estatutos del ente institucional correspondiente para la concreción de su configuración y régimen jurídico particular facilita, en última instancia, la deserción del Derecho público a favor del reconocimiento de excepciones de Derecho privado cada vez más frecuentes y de mayor entidad.

En cualquier caso, frente a la corporación y, en particular, a la fundación, que busca subsistir más allá de la extinción inevitable de su fundador, el ente institucional mantiene una relación de dependencia estrecha y constante con su Administración Pública matriz[631]. No se integra *stricto sensu* en la organización interna de la Administración matriz, por lo que no cabe hablar, en principio, de una relación de auténtica jerarquía, si bien no cabe negar que el ente institucional creado forma parte del aparato organizativo de la Administración matriz *lato sensu*, dándose cierta supremacía por cuanto aquélla conserva, salvo en el caso particular de las Administraciones independientes en las que se atenúa de manera significativa, sin llegar a desaparecer, la relación de instrumentalidad, su capacidad de dirección sobre el ente instrumental creado, cuya autonomía es, por ende, puramente funcional, esto es, de naturaleza ejecutiva u operativa[632].

De las páginas que anteceden se desprende la dificultad, cabría hablar incluso de auténtica imposibilidad, de realizar un estudio general de la potestad administrativa sancionadora en manos de la Administración institucional. No en vano, la compleja tipología sancionada por el legislador se enreda y singulariza *ad eternum* como consecuencia de la atomización y particularización estatutaria experimentada por estos entes y, en particular, por las denominadas Administraciones independientes. Muchos, prácticamente todos, cuentan, en mayor o menor medida, con un régimen jurídico estatutario singular y específico, que no responde del todo a los tipos normativos previamente determinados y regulados por la LOFAGE.

PIÑAR MAÑAS, "Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia", op. cit., p. 76, subraya, en esta línea, la mayor profundidad de la reforma de la gestión sanitaria sustanciada por las Comunidades Autónomas frente a la emprendida en el ámbito sanitario estatal, refiriendo en la nota a pie número 19 algunos de los más de ochenta centros sanitarios autonómicos con personalidad jurídica existentes en aquel momento.

629 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, pp. 406 y ss.

630 Para G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Administraciones instrumentales", op. cit., p. 342, la propia creación del ente institucional responde, en este sentido, a la aspiración por lograr la progresiva "flexibilización del régimen de Derecho Administrativo" aplicable.

631 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 405.

632 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, pp. 417 y ss., califican esta relación de dirección de "tutela administrativa en cuanto relación interadministrativa de supremacía". Así, sobre la consideración e integración de las Administraciones independientes en el plano y la organización administrativa general, vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2005 (Ar. 4382), fundamento de derecho quinto, en la que se sostiene, respecto a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que "la calificación de Administración independiente del poder ejecutivo, en cuanto no se encuentra sometida al principio jerárquico, ni su capacidad de intervención de carácter económico-financiero, como poder regulador en los mercados bursátiles, no desnaturaliza su carácter de organización de carácter público ni promueve su desvinculación de las reglas comunes que presiden la actuación de las Administraciones Públicas en un Estado de Derecho".

De ahí la especialidad y tipicidad predicables, en fin, de los entes institucionales, diversos en su configuración, régimen jurídico y, de manera especial, en las funciones descentralizadas que les son encomendadas. Mientras unos reciben auténticos poderes públicos, en forma de potestades, así, normativas, de supervisión e inspección o de sanción, otros, en cambio, tan sólo tienen asignadas facultades de mera gestión[633]. De esta forma, su capacidad jurídico-pública es diversa en función de lo dispuesto al respecto en los estatutos correspondientes.

Conviene recordar, en cualquier caso, que algunos entes instrumentales están excluidos expresamente del ejercicio de potestades públicas, por lo que no cabría potestad sancionadora alguna, ni *ad intra* ni *ad extra*, más allá de lo que permita la disciplina dentro del ámbito laboral de las relaciones de trabajo de los empleados de la entidad. Tal es el caso de las sociedades mercantiles estatales y de las fundaciones privadas a iniciativa pública.

La potestad de sancionar queda reservada, en sentido estricto, a aquellos organismos públicos –organismos autónomos, entidades públicas empresariales y Agencias estatales–, entes atípicos o Administraciones independientes, cuya Ley creadora así lo prevea y disponga expresamente. En algunos casos la entidad institucional no se limita tan sólo al ejercicio de la potestad sancionadora, sino que goza, además, de una potestad normativa suficiente para desarrollar o interpretar el régimen jurídico sancionador correspondiente; potestad que al detallar y especificar los supuestos objeto de sanción y las consecuencias derivadas de la infracción debe apoyarse siempre y respetar de forma clara las diversas manifestaciones del principio de legalidad analizadas *supra*.

Plantean, en este sentido, un problema particularmente interesante las Administraciones independientes, precisamente por la autonomía y neutralidad que se predica de su organización y funcionamiento. La exposición que sigue pretende profundizar, a la luz de las diversas manifestaciones e implicaciones del principio de legalidad, en las particularidades derivadas para el ámbito sancionador del ejercicio de la potestad reglamentaria por los entes institucionales independientes y en las causas que justifican, en fin, la propia titularidad y ejercicio institucional de la potestad administrativa sancionadora, partiendo, para ello, ante la diversidad de agencias independientes articuladas en nuestro ordenamiento[634], del ejemplo

633 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, pp. 421 y ss.

634 A. RALLO LOMBARTE, *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 296 y ss., se refiere, en este sentido, a la "casi insalvable dificultad" para formular una definición adecuada de la categoría y, lo que es más importante, a la práctica "irrelevancia jurídica de dicho esfuerzo doctrinal" ante la "precariedad dogmática" que singulariza el fenómeno.

concreto de la Agencia Española de Protección de Datos, exponente cualificado, y, en todo caso, poco frecuente, del alumbramiento de una Administración institucional independiente para la garantía y protección de derechos fundamentales de los ciudadanos[635].

1. La diversificación de la potestad reglamentaria. Los poderes normativos de la Administración institucional.

a) Legitimación de la potestad reglamentaria atribuida a las Administraciones independientes.

Se ha hecho referencia *supra*, al hilo del estudio de la reserva de ley como garantía formal del principio de legalidad en el ámbito sancionador administrativo, a la expansión de la potestad reglamentaria en términos tanto cuantitativos como, especialmente, subjetivos. Da constancia de ello la mera lectura de los Boletines Oficiales[636]. Y así, lo extendido de su empleo actual ha llevado a la doctrina a hablar de un fenómeno de auténtica "incontinencia normativa"[637].

A la profusión de normas reglamentarias se unen, en cualquier caso, como factores coadyuvantes decisivos para la exacerbada complejidad normativa alcanzada en nuestro ordenamiento jurídico, la celeridad en su redacción, la inadecuación e insuficiencia de su procedimiento de elaboración y aprobación, su escasa estabilidad en el tiempo y, sobre todo, la multiplicación de instancias titulares de la potestad normativa reglamentaria[638]. Todas son causas que propician, en fin,

635 G. GARCÍA ÁLVAREZ, "Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico", *RAP*, núm. 171, septiembre-diciembre 2006, p. 145, subraya, en este sentido, lo excepcional del caso de la Agencia Española de Protección de Datos, por cuanto las Administraciones independientes son infrecuentes fuera del ámbito del Derecho Administrativo económico.

636 En clara alusión a lo que P. BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, "La titularidad de la potestad reglamentaria", op. cit., p. 101, denomina el dato "puramente fáctico".

637 J. A. SANTAMARÍA PASTOR, "La Administración como poder regulador", en F. SÁINZ MORENO (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 388.

638 En idéntico sentido, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, "Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos", en J. F. ALENZA GARCÍA y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (Dirs.), *Organización y procedimientos administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 217 y ss. Asimismo, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004; y, en particular, desde la perspectiva de la calidad normativa, J. PONCE SOLÉ, "¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial", *RAP*, núm. 180, septiembre-diciembre 2009, pp. 201 y ss.

el "caos laberíntico" en que se ha convertido a día de hoy nuestro ordenamiento jurídico[639].

Ocupa un lugar preeminente al respecto, por lo que se refiere al objeto de este estudio y a la complejidad normativa alcanzada en el ámbito sancionador, la descentralización de la potestad reglamentaria, que si bien ha alimentado indudablemente la confusión y expansión incontrolada de la normativa reglamentaria, debe ser cuidadosamente ponderada a la luz de la propia realidad y de las circunstancias socioeconómicas actualmente vigentes, esto es, del momento histórico, en definitiva, en que se ejercita y desenvuelve[640].

A la titularidad de la potestad reglamentaria se refieren, en concreto, los artículos 97 de la Constitución, 4.1 b) y 23.1 de la Ley del Gobierno[641], así como 12.2 a) de la LOFAGE. De acuerdo con su enunciado ejercen la citada potestad el Gobierno, conforme a lo que dispongan al respecto la Constitución y las leyes, y los Ministros, en aquellas materias propias de su Departamento. Nada establecen, sin embargo, estos preceptos en relación a una posible potestad normativa reglamentaria de los órganos departamentales inferiores al ministro o, más importante aún a nuestros efectos, de los organismos públicos y agencias o Administraciones institucionales independientes.

Y, sin embargo, es evidente que estas últimas aprueban disposiciones de contenido normativo, de gran trascendencia, por otra parte, en los sectores concretos en que ejercen su actividad, y vinculantes no sólo *ad intra* sino también para terceros o *ad extra*, consecuencia, en fin, de atribuciones *extra ordinem* efectuadas en múltiples leyes sectoriales[642]. La doctrina, pese a reconocer que la potestad reglamentaria en manos de las Administraciones independientes no es sino una "fuente

639 En expresión de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, "La Administración como poder regulador", op. cit., p. 395. S. MARTÍN-RETORTILLO, "De la simplificación de la Administración Pública", op. cit., pp. 15 y ss., se ha pronunciado sobre la excesiva complejidad del sistema normativo reglamentario, denunciando el propio desconocimiento administrativo de los reglamentos vigentes, razón por la que reivindica la simplificación del ordenamiento jurídico y el fomento de su estabilidad.

640 En consonancia con lo que J. SALAS HERNÁNDEZ, "De nuevo sobre los Reglamentos autónomos en Derecho español", op. cit., pp. 646 y ss., define como la "tarea del jurista, en nuestro caso, del estudioso del Derecho Administrativo".

641 Ley 50/1997, de 27 de noviembre.

642 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 197, se refieren, en este sentido, a la potestad reglamentaria de que están dotados los órganos constitucionales en el ejercicio de sus funciones para la defensa de su independencia, constitucionalmente garantizada, así como las Administraciones independientes, siguiendo el ejemplo de las *regulatory Commissions* americanas, en aquellas materias que están bajo su vigilancia.

de problemas"[643], que "no ha dejado de causar perplejidad y desasosiego en la doctrina"[644], se ha apresurado a explicar y justificar su capacidad normativa como manifestación y máxima expresión de la capacidad de decisión en que se concreta su régimen de autonomía[645].

No en vano, estas Administraciones, conocidas como independientes, son tildadas también, en función de su régimen de autonomía y actividad en ámbitos sectoriales muy concretos, de entes u organismos reguladores. Partiendo de la doble perspectiva, dinámica y estática, en que cabe contemplar el concepto de «regulación» u «ordenación», les corresponde la intervención en el mercado mediante la elaboración de normas y la aprobación de resoluciones administrativas de naturaleza, en muchas ocasiones, discrecional, a fin de ordenar y establecer con cierta unidad de sentido la organización y el funcionamiento de una determinada actividad[646].

Doctrina y jurisprudencia han terminado por reconocer, pese a las reticencias inicialmente expresadas al respecto, la legitimidad de esta potestad reglamentaria, que viene ejerciéndose *de facto* sin mayores objeciones y que cuenta, desde la década de los noventa, con el respaldo explícito del Tribunal Constitucional.

643 Así lo denuncia, en particular, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., p. 253.

644 J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, p. 351.

645 Así, J. L. VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Madrid, 1968, p. 392, quien considera la potestad reglamentaria como corolario lógico de la propia autonomía institucional. Se refieren, asimismo, a la fragmentación y dispersión de la titularidad reglamentaria a consecuencia de la autonomía reconocida a ciertas instituciones y organismos, J. Mª. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 148; T. FONT I LLOVET, "La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoadministración corporativa", op. cit., p. 254; y, S. MUÑOZ MACHADO, "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (Dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, Tomo I, pp. 151 y ss. También L. PAREJO ALFONSO, "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes; apuntes para un estudio del fenómeno", op. cit., p. 647, para quien la operatividad del principio de autonomía "hace del sistema estatal un conjunto articulado de subsistemas internos de relativa y variable autonomía". El propio Consejo de Estado sostiene al respecto, en su Dictamen 51.926/1988, de 19 de mayo, si bien en relación a las normas derivadas de la autonomía universitaria, constitucionalmente garantizada y con perfiles propios, que "no se está aquí ante reglamentos ejecutivos de leyes que, para ser legales, deban seguir con los más estrictos cánones la finalidad y espíritu de la ley habilitante que le sirve de fundamento, sino muy por el contrario, de reglamentos que se mueven en un ámbito de autonomía en que el texto de la ley no sirve como finalidad estricta a seguir sino como parámetro controlador o límite de la legalidad del texto".

646 Se refiere a esta doble perspectiva, J. Mª. ABAD LICERAS, "El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores y supervisores en el mercado español", op. cit., p. 69. La delimitación del concepto de regulación u ordenación y la particularización de sus límites, excede, en cualquier caso, de los márgenes de este estudio. Puede verse al respecto, por todos, G. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 266 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 264 y ss.; *ídem*, "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", op. cit., pp. 110 y ss.; y, J. TORNOS MAS, *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 68 y ss. Sobre la dificultad con que tropiezan los Tribunales contencioso-administrativos para adentrarse en el contenido de las decisiones de las Comisiones Reguladoras Independientes y someter a juicio el fondo de las mismas, vid. G. ARIÑO ORTIZ, "El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho", *RAP*, núm. 182, mayo-agosto 2010, pp. 9 y ss.

Y así, frente al monopolio que ejercería el Gobierno en el ámbito reglamentario al socaire de una interpretación literal de los artículos 97 y 106.1 de la Constitución, se ha abierto paso la interpretación que entiende, en cambio, que la potestad reglamentaria en manos de autoridades y organismos diversos no constituye infracción constitucional[647].

Quizá convenga reflexionar, no obstante, sobre la excesiva dispersión actual de la titularidad reglamentaria, con independencia de la legitimidad reconocida a las atribuciones singulares de la potestad que pueda realizar la ley en este sentido, esto es, sobre si las necesidades planteadas en la práctica por la autonomía meramente funcional de ciertas entidades y los intereses públicos que representan exigen realmente, en definitiva, el ejercicio de una potestad normativa propia *ad extra*, es decir, vinculante ante terceros, para ser convenientemente satisfechos.

Y es que la práctica demuestra que no siempre resulta sencillo determinar con certeza la legitimación y el alcance de la titularidad de esta potestad reglamentaria, sin que su ejercicio pueda considerarse ni mucho menos en ciertos ámbitos indispensable para garantizar la independencia del organismo en cuestión ni la adecuada intervención administrativa en el sector de que se trate[648].

Llama la atención sobre ello Santamaría Pastor para quien "no todo lo real tiene por qué ser racional". Recuerda que la potestad de dictar normas es, en este sentido, "un poder de una extraordinaria relevancia y gravedad, que no debe dispersarse sino en virtud de razones plenamente justificadas y dotadas de un cierto respaldo constitucional que habiliten para excepcionar el necesario fundamento democrático de todo poder; un fundamento que se diluye cuanto más se alejan sus titulares de su primigenia designación popular"[649].

Subyace, en cualquier caso, al reconocimiento de esta potestad normativa *ad extra* de ciertos entes institucionales independientes la progresiva complejidad alcanzada por determinados ámbitos sectoriales, fundamentalmente económicos, que precisan de la indiscutida intervención administrativa en su devenir, fundándose

[647] J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, p. 351. Asimismo, sobre el reconocimiento de la potestad normativa a las Administraciones independientes como supuesto indebido vaciamiento del poder reglamentario del Gobierno, vid., por todos, L. PAREJO ALFONSO, "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes; apuntes para un estudio del fenómeno", op. cit., pp. 642 y ss., para quien no cabe otra conclusión que afirmar su constitucionalidad sobre el juego de la doble autonomía, territorial y funcional, articulada por el propio orden constitucional.

[648] En sentido contrario, no obstante, E. GARCÍA LLOVET, "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", op. cit., p. 114 quien califica de "ineludible" la exigencia de dotar a las Administraciones independientes de poderes normativos propios a fin de garantizar funcionalmente su independencia.

[649] J. A. SANTAMARÍA PASTOR, "La Administración como poder regulador", op. cit., pp. 417 y ss.

la posible titularidad de la potestad reglamentaria de estas Administraciones independientes, en última instancia, sobre la necesidad de una rápida respuesta, de contenido, además, eminentemente técnico, a los problemas planteados por el funcionamiento cotidiano del sector correspondiente[650].

Su legitimidad constitucional ha sido confirmada, en cualquier caso, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[651], destacando a estos efectos, como resolución pionera y, por ende, más representativa y citada en la materia, la Sentencia 135/1992, de 5 de octubre.

Referida, en particular, al Banco de España, sostiene que "la desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma", sin que pueda entenderse "la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el artículo 97 de la Constitución […] con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España, asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia".

Continúa el alto intérprete constitucional afirmando que "la intervención de esta institución no se legitima por su carácter discrecional. La discrecionalidad es una modalidad del ejercicio de otras potestades pero no es una de tantas, como a veces se ha dado en decir, ni, en ningún caso, puede ser utilizada por sí misma como habilitante de ellas (Sentencia del Tribunal Constitucional 96/1984, fundamento jurídico 6). Ahora bien, una ordenación racional de atribuciones las encomendará a quien tenga la idoneidad para llevarlas a buen término, pero la *auctoritas* no conlleva necesariamente el *imperium* o la *potestas*, que son obra directa de la Ley. Precisamente la especialización técnica del Banco de España explica y hace razonable, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o *ex lege*". Concluye, pues, que "la ordenación

[650] Y así, mientras la potestad reglamentaria organizatoria o *ad intra* se reconoce, como es lógico, a todos los entes instrumentales, la titularidad de la potestad normativa *ad extra* o la capacidad normativa, en fin, de vincular a terceros no es, ni mucho menos, común a todos ellos. Así lo recuerda, entre otros muchos, P. ACOSTA GALLO, "La potestad normativa de otras entidades", en E. ÁLVAREZ CONDE y R. PLAZA DE DIEGO (Dirs.), *Derecho Público y Administración de la Comunidad de Madrid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, Tomo I, pp. 198 y 212. Vid., asimismo, G. GARCÍA ÁLVAREZ, "Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico", op. cit., pp. 156 y ss., para quien se encomienda a estas organizaciones administrativas especializadas una "función reglamentaria de ínfimo rango normativo, aunque muy importante en la práctica".

[651] Sobre la base, en todo caso, de la doctrina recogida originariamente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1988, de 4 de febrero, conforme a cuyo FJ 4 "es de rechazar el argumento según el cual la potestad reglamentaria corresponde exclusivamente al Gobierno, sin que éste pueda a su vez conferirla válidamente a otros órganos diferentes, toda vez que la potestad reglamentaria, por ser originaria (artículo 97 de la Constitución) no excluye la posibilidad de delegaciones singulares".

básica del crédito y la banca, en su aspecto institucional, corresponde no sólo a los cuerpos colegisladores y al Gobierno, sino también, en un nivel operativo, al Banco de España"[652].

A idéntica conclusión llega la Sentencia 133/1997, 16 de julio, respecto a la potestad normativa reconocida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Y así, sobre la base de la jurisprudencia anteriormente citada, recuerda que la Comisión "es un ente de Derecho público a quien la Ley encomienda la supervisión e inspección de los mercados de valores, así como el asesoramiento al Gobierno, al Ministerio de Economía y Hacienda, y, en su caso, a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, en las materias relacionadas con los mercados de valores"[653].

Otras Administraciones independientes han encontrado, asimismo, respaldo jurisprudencial, si bien del Tribunal Supremo, a las potestades normativas que les han sido reconocidas y otorgadas. Cabe citar, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 y 11 de mayo de 2004 (Ar. 3471 y 2843), en las que se avala la potestad reglamentaria de la entonces Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, actual Comisión Nacional de Energía[654], o de 20 de diciembre de 2004 (Ar. 538), en la que se legitima su titularidad y ejercicio por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, afirmando que se trata, en última instancia, de "disposiciones o «medidas» que concretan elementos en blanco de la norma legal y que han de adaptarse a las circunstancias coyunturales, tan versátiles y de oportunidad en determinados sectores, entre los que se encuentra sin duda el de las telecomunicaciones, proclive a la especialización técnica, al detalle de la normativa y a la necesaria flexibilidad y rapidez que ciertas actuaciones requieren"[655].

[652] FJ 3. Esta doctrina será asumida y reiterada posteriormente, entre otras, por las Sentencias 178/1992, de 13 de noviembre, FFJJ 2 y 3, y 87/1993, de 11 de marzo, FJ 5, también en relación al Banco de España. Para A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 254 y ss., la Sentencia 135/1992, resuelve definitivamente el problema relativo a la legitimidad constitucional de la atribución del poder reglamentario en manos de las Administraciones institucionales, si bien "no puede decirse que queden resueltos otros problemas jurídico-constitucionales relativos a las condiciones para el desempeño legítimo de este poder por estas instancias".

[653] FJ 7 b). Doctrina reiterada, entre otras, con detenido estudio y profusión de citas jurisprudenciales al respecto, por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de noviembre de 2005 (Ar. 9696), fundamentos de derecho segundo y tercero.

[654] Fundamento de derecho tercero en ambos casos.

[655] Fundamento de derecho primero, en desestimación del motivo de casación interpuesto a este respecto contra Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2001 (RJCA 44), cuya doctrina en la materia reitera, en cualquier caso, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2004 (RJCA 295).

b) Límites al ejercicio de las funciones normativas encomendadas a las Administraciones independientes.

La titularidad y el ejercicio de la potestad normativa de las Administraciones institucionales debe cumplir, en todo caso, con una serie de requisitos y límites derivados de nuestras tradiciones jurídico-públicas, del planteamiento que realiza el propio texto constitucional al respecto y, en particular, del principio de legalidad a que se encuentra sujeta toda actividad administrativa[656].

A diferencia de la capacidad normativa para la autoorganización interna, la potestad reglamentaria *ad extra* de entidades y órganos administrativos distintos del Gobierno debe ser atribuida de forma expresa y específica por una norma con rango de ley para materias previamente tasadas y definidas[657].

Así lo sanciona la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, respecto a la deslegalización de ciertos aspectos de la regulación de los precios públicos y su atribución a la potestad reglamentaria de Departamentos ministeriales u organismos autónomos competentes, al afirmar que "el contenido y la amplitud de la regulación puede variar, pero en todo caso es necesario que la ley incorpore un mínimo de regulación material que oriente la actuación del reglamento y le sirva de programa o marco", sin que pueda entenderse que el artículo 97 de la Constitución prohíba que una ley pueda atribuir a autoridades o entidades institucionales diversas al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria con carácter derivado, pudiendo habilitarles "para dictar disposiciones reglamentarias concretas, acotando y ordenando su ejercicio". De esta forma, "las tachas de inconstitucionalidad podrían derivar, en su caso, [no de la titularidad de la potestad normativa reglamentaria por órganos o entidades diversas al Gobierno sino] de una hipotética vulneración del principio de legalidad si la ley habilitante no precisa suficientemente el alcance del reglamento"[658].

La vertiente externa de la potestad reglamentaria se revela, de esta forma, más restringida y limitada que la interna, condicionándose, además, la validez de su ejercicio a que se circunscriba a la aprobación de reglamentos meramente ejecutivos que no innoven el ordenamiento jurídico más allá de lo que permita, en su caso,

[656] T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Los poderes normativos del Banco de España", *RDBB*, núm. 13, enero-marzo 1984, p. 26.

[657] Para L. PAREJO ALFONSO, "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes; apuntes para un estudio del fenómeno", op. cit., p. 644, la potestad normativa conferida ha de tener, en este sentido, un "ámbito específico", de forma que se le pueda calificar de "poder reglamentario especializado".

[658] FJ 6 c).

la ley habilitante correspondiente[659]. No caben, en definitiva, "habilitaciones válidas sin cobertura legal precisa y suficiente, ni tampoco más allá de los términos concretos que la ley en cada caso establezca"[660].

La atribución de la potestad reglamentaria a los entes institucionales y, en particular, a las Administraciones independientes se materializa, por consiguiente, a través de su propia ley de creación, concretándose el alcance de la competencia y su distribución organizativa interna de forma más particularizada por la norma estatutaria correspondiente.

Ahora bien, no cabe duda que, en aplicación del principio de jerarquía normativa, el Gobierno sigue teniendo a su alcance la posibilidad de aprobar normas reglamentarias en las materias correspondientes. No en vano, su potestad reglamentaria, de alcance general, procede y se asienta directamente en el artículo 97 de la Constitución, a diferencia de la potestad normativa de las Administraciones independientes, de carácter parcial o especializado y de atribución por ley ordinaria.

Las normas derivadas de la potestad normativa de cualquiera de estas entidades institucionales se encuentran, por tanto, como no podía ser de otra manera, jerárquicamente subordinadas a los reglamentos aprobados por el Gobierno, en afirmación de la que PAREJO ALFONSO ha denominado como "regla de la interdicción al poder normativo especializado de vincular, afectar o condicionar el poder reglamentario del Gobierno"[661]. El poder reglamentario derivado y especializado de las Administraciones independientes se instala, justifica y desenvuelve, por consiguiente, dentro de los confines previamente definidos por el "bloque de la legalidad", esto es, de lo dispuesto en su ámbito específico no sólo por las leyes, sino también por los reglamentos emanados del Gobierno o, en su caso, de las autoridades ministeriales competentes[662].

[659] P. ACOSTA GALLO, "La potestad normativa de otras entidades", op. cit., pp. 216 y ss.

[660] T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Los poderes normativos del Banco de España", op. cit., p. 27.

[661] L. PAREJO ALFONSO, "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes; apuntes para un estudio del fenómeno", op. cit., p. 644. Así lo sostienen también, entre otros, M. FERNANDO PABLO, *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Colex, Madrid, 1998, p. 170; *idem*, "El poder regulador en el mercado de las telecomunicaciones", en F. SOSA WAGNER (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo III, pp. 2.853 y ss.; y, G. GARCÍA ÁLVAREZ, "Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico", op. cit., pp. 165 y ss.

[662] L. PAREJO ALFONSO, "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes; apuntes para un estudio del fenómeno", op. cit., p. 651, concluye, en consecuencia, que "salvo específico fundamento constitucional, carecen de un espacio propio garantizado; su espacio es el que le acote en cada momento el referido bloque".

Pese a los límites que debe respetar la consiguiente ley de habilitación y a las restricciones que atenazan su posterior ejercicio institucional, la legitimidad constitucional de la atribución de la potestad reglamentaria a entidades instrumentales y, en particular, a Administraciones independientes está fuera de toda duda, habiendo sido expresamente avalada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su consolidación y proliferación entre este tipo de entes es un hecho demostrado. La progresiva complejidad científica, técnica o económica de la vida social y del entramado económico y productivo suele aducirse como principal causa para su reconocimiento y puesta en práctica, por cuanto cunde la convicción de que el legislador carece, en muchas ocasiones, de la capacidad y flexibilidad necesarias para abordar ciertos aspectos materiales de la regulación correspondiente[663].

La capacidad normativa de las Administraciones independientes no se agota, en cualquier caso, con su posible titularidad de la potestad reglamentaria, sino que se manifiesta *lato sensu* en varios frentes. Y así, cabe distinguir, de un lado, el ejercicio en sentido estricto de su capacidad normativa o potestad reglamentaria vinculante de cara a terceros[664], frente a su posible desarrollo de las que algún autor ha tildado, de otro, de "prácticas pararreglamentarias"[665], de indudable trascendencia en el plano normativo, si bien carentes, en sentido estricto, de tal naturaleza[666].

No cabe duda de la repercusión de algunas de las funciones que suelen corresponder, en este sentido, a las citadas Administraciones independientes, entre otras, su capacidad para la promoción a nivel ministerial o gubernamental de las iniciativas legislativas o reglamentarias que pudieran resultar oportunas en el concreto sector sujeto a regulación, su colaboración para la redacción y el desarrollo de las normas proyectadas o su participación activa, incluso, en el procedimiento de aprobación de normativa comunitaria en la materia. El importante papel que desempeñan en la dotación del marco normativo más adecuado al ámbito sectorial en

[663] Así lo subraya, en particular, P. ACOSTA GALLO, "La potestad normativa de otras entidades", op. cit., pp. 214 y ss., para quien la inclusión de tales elementos "esencialmente mutables" en una norma legal con vocación de permanencia "supondría un error de técnica legislativa".

[664] A la fuerza de obligar de estas normas, idéntica a la de cualquier otra norma jurídica, y las prerrogativas de las Administraciones independientes, en particular, la potestad de autotutela y la potestad sancionadora, para restablecer o imponer la legalidad cuando se advierta su incumplimiento, se refiere G. GARCÍA ÁLVAREZ, "Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico", op. cit., pp. 160 y ss.

[665] G. GARCÍA ÁLVAREZ, "Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico", op. cit., p. 143.

[666] Funciones que han llevado a L. PAREJO ALFONSO, "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes; apuntes para un estudio del fenómeno", op. cit., p. 647, a afirmar que las Administraciones independientes "simbolizan la articulación y el juego efectivo de ordenamientos sectoriales autónomos en el seno del ordenamiento general del Estado, con apreciable incremento de la complejidad de éste".

cuestión las sitúa, de esta forma, como poder regulador por excelencia en nuestro ordenamiento jurídico[667].

Cabe citar, asimismo, como práctica pararreglamentaria de singular interés, si bien sumamente conflictiva en su aplicación práctica, la interpretación o desarrollo informal que realizan muchas de estas Administraciones independientes de normas jurídicas vigentes y aplicables en el sector correspondiente[668].

Todas estas manifestaciones de la capacidad normativa institucional plantean, no obstante, serios problemas en la práctica. Por lo que se refiere al ejercicio por las Administraciones independientes de la potestad reglamentaria, son extensivas a este ámbito las críticas doctrinales sobre lo insatisfactorio, con carácter general, del régimen jurídico, especialmente procedimental, de esta última[669]. Y es que la derogación y el desplazamiento de la regulación del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general de la LPA por la Ley del Gobierno en 1997, ha dejado huérfano a nuestro ordenamiento jurídico de una norma básica que establezca y regule este trámite procedimental, que no deja de ser una de las principales garantías, por otra parte, de la sujeción a la ley y al Derecho de los poderes normativos de las distintas Administraciones Públicas, territoriales o no[670].

Resulta del todo pertinente, amén de expresiva, la crítica vertida, en este sentido, por García Álvarez, quien recuerda cómo "las reglas jurídicas realmente aplicadas emanan de unos órganos especializados entre cuyos miembros los juristas son minoría […], siendo que, además, esta condición minoritaria se repite entre el personal de apoyo. Los mandatos –circulares, instrucciones generales, instrucciones vinculantes, etc.– se elaboran sin pasar por filtros contrastados de calidad jurídica, como pueda ser el dictamen del Consejo de Estado, o, en general, de un procedimiento de elaboración de disposiciones generales digno de tal nombre.

667 Así lo afirma J. A. SANTAMARÍA PASTOR, "La Administración como poder regulador", op. cit., p. 375, desde una perspectiva material, sobre la contribución de la Administración Pública a la creación del ordenamiento jurídico.

668 No en vano, subraya G. GARCÍA ÁLVAREZ, "Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico", op. cit., p. 143, su carácter poco ortodoxo en ocasiones, en cuanto supone una tentación constante que comporta "bordear –por fuera– el Estado de Derecho".

669 Vid., por todos, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, "La Administración como poder regulador", op. cit., pp. 376 y ss., quien subraya, p. 422, el esquematismo de la estructura del procedimiento reglamentario, "rayano en la pobreza", para concluir que "el problema no es de conveniencia, sino de legitimidad del sistema de producción normativa".

670 Hace hincapié en ello J. L. BERMEJO LATRE, "Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas", *REDA*, núm. 124, octubre-diciembre 2004, pp. 612 y ss. Advierte, asimismo, sobre los inconvenientes derivados de la omisión de la regulación del procedimiento de elaboración de normas reglamentarias en la Ley del Gobierno, A. JIMÉNEZ-BLANCO, "Funciones constitucionales y actos del Gobierno en la Ley", *DA*, núms. 246-247, 1997, pp. 226 y ss.

A ello se añade la influencia, nefasta en este punto, de las reglas procedentes del Derecho comunitario: unas Directivas elaboradas sin responder a ningún sistema conceptual, porque el Derecho comunitario carece de él, son copiadas o parafraseadas conforme a una versión en bastantes ocasiones mal traducida"[671].

Del mismo modo, las prácticas pararreglamentarias aludidas encierran un riesgo innegable, por cuanto implican, en muchas ocasiones, la sustanciación de prácticas informales de desarrollo o interpretación jurídica realmente innovadoras del ordenamiento, aún cuando su impacto *ad extra* pueda ser, en principio, más reducido o limitado. Concretan, en infinidad de ocasiones, conceptos jurídicos indeterminados presentes en otras normas legales o reglamentarias, ya sean estas últimas del Gobierno o de la autoridad ministerial correspondiente, cayendo en la tentación de dotar muchas veces de valor normativo a una lectura que, en principio, no debe tener mayor valor que el estrictamente interpretativo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008 (Ar. 5644) rechaza, en tal sentido, cualquier intención de erigir en interpretación "auténtica" y, por tanto vinculante, las realizadas por este tipo de entidades independientes, recordando, a estos efectos, que "las decisiones administrativas habrán de ser analizadas por los Tribunales conforme a los criterios hermenéuticos usuales, sin que la opinión de la Administración sobre lo que en ellas se insertó (o se quiso decir) constituya sino un elemento más de interpretación que en modo alguno tiene carácter vinculante"[672].

2. El caso particular de la potestad normativa y sancionadora en manos de la Agencia Española de Protección de Datos.

a) Su ineludible articulación como Administración independiente.

La "fiebre informática banalizada" que caracteriza, en expresión de Rallo Lombarte[673], a nuestra sociedad contemporánea, conlleva un grave riesgo para algunos de

671 G. GARCÍA ÁLVAREZ, "Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico", op. cit., p. 142. Para el autor lo más preocupante no es, sin embargo, el nivel de calidad desde el punto de vista de la técnica legislativa de las normas resultantes, sino la carencia de pronunciamientos judiciales al respecto ante "la proximidad de la autoridad administrativa a los operadores económicos y profesionales especializados, la habitualidad y multiplicidad de las relaciones entre la Administración y unos administrados sometidos a una sujeción claramente especial, y la absoluta imposibilidad de que las actuales cadencias de la Justicia administrativa puedan servir a la tutela judicial efectiva".

672 Fundamento de derecho séptimo B).

673 A. RALLO LOMBARTE, *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, op. cit., p. 131.

los derechos fundamentales más importantes que reconoce nuestra Carta Magna. La evolución constante e imparable de las nuevas tecnologías, su prácticamente ilimitado potencial para el tratamiento de la información y, en particular, de los datos personales, supone, en este sentido, una amenaza cierta que pone en serios aprietos la capacidad de los ciudadanos de controlar toda aquella información personal que se refiera a ellos o les afecte[674].

No en vano, la constante renovación a que se encuentra sometida la denominada "sociedad de la información" como consecuencia de la auténtica revolución tecnológica experimentada al respecto desde la segunda mitad del siglo XX, ha llevado a algún autor a considerar decaída la expresión citada a favor, en cambio, de la de "sociedad informática"[675].

Y es que la protección jurídica de los datos personales ante el espectacular desarrollo actual de las nuevas tecnologías informáticas se ha revelado como una cuestión fundamental, hasta llegar a erigirse en uno de los temas más significativos y, por ende, polémicos relacionados con la articulación y el funcionamiento concreto de los instrumentos de tutela de los derechos y libertades ciudadanas habilitados por nuestro ordenamiento jurídico[676]. Más aún si se considera que a las dificultades planteadas por este continuo avance tecnológico, se une, por otra parte, la futilidad de buena parte de las soluciones que pudieran articularse de forma autónoma y sin conexión a otros ordenamientos jurídicos comparados o a otras respuestas ensayadas con éxito en el ámbito internacional, por cuanto no cabe duda alguna que la globalidad de los ataques experimentados, en este sentido, por los ciudadanos "no saben de fronteras"[677]. Son, en cualquier caso, agresiones explicables, esperables, incluso, hasta cierto punto, en el contexto socioeconómico actualmente vigente, en el que la información se erige, claramente, y de forma cada vez más global, en instrumento de poder, en valor de cambio,

674 C. CONDE ORTIZ, *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 19 y ss., hace hincapié, en este sentido, en la fácil vulnerabilidad de la intimidad con las nuevas tecnologías.

675 Así, R. TONIATTI, "Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada", *RVAP*, núm. 29, enero-abril 1991, p. 141. Da noticia de la transformación y constante regeneración de la expresión, S. A. BELLO PAREDES, "Las Agencias de protección de datos en la sociedad de la información: un interesante ejemplo de actuación administrativa «tutelar» e «independiente»", op. cit., p. 140.

676 Vid. R. TONIATTI, "Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada", op. cit., p. 139.

677 Así lo recuerda J. L. PIÑAR MAÑAS, *¿Existe la privacidad? Inauguración Curso Académico 2008-2009*, CEU Ediciones, Madrid, 2008, p. 40.

desatando un voluminoso y difícilmente controlable tráfico de información, una auténtica "fiebre informativa", en definitiva[678].

El riesgo informático se convierte así en un elemento de conflictividad en la sociedad contemporánea, exigiendo una atenta y profunda reflexión jurídica para la búsqueda de soluciones normativas adecuadas que no sólo sancionen los incumplimientos en la materia, sino que sean realmente efectivas en la prevención de la vulneración de derechos esenciales de los ciudadanos[679].

El reconocimiento, no obstante, del derecho de protección de datos como derecho fundamental ha resultado polémico, no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino también en el ámbito internacional, planteando "apasionantes debates doctrinales" que han contribuido a perfilar con mayor nitidez conceptos esenciales y, en principio, tan cercanos como, entre otros, los de intimidad y privacidad, desembocando, en última instancia, en la articulación y confirmación de un auténtico derecho a la autodeterminación informativa por parte de los ciudadanos[680].

Por lo que se refiere al Derecho español, la cuestión fue regulada por vez primera entre nosotros por Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante, LORTAD). Su exposición de motivos subraya, a estos efectos, cómo "el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad […] a una amenaza potencial antes desconocida", haciendo hincapié en la radical diferencia entre privacidad e intimidad.

Sostiene, a estos efectos, que "aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo–, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de

678 A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., p. 181. Se refiere, asimismo, al peligro "que surge del valor económico de esta información", P. L. MURILLO DE LA CUEVA, "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad", en P. L. MURILLO DE LA CUEVA y J. L. PIÑAR MAÑAS, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 58.

679 Llama la atención sobre ello R. TONIATTI, "Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada", op. cit., p. 162.

680 Así lo refiere I. AGÚNDEZ LERÍA, "La protección de datos de carácter personal y la Agencia Española de Protección de Datos", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 938 y ss.

la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo"[681].

Ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto el Tribunal Constitucional, quien subraya la naturaleza como derecho fundamental, al amparo del artículo 18.4 de la Constitución[682], del denominado derecho de protección de datos. De creación eminentemente jurisprudencial, toma la privacidad como referencia esencial o punto de partida fundamental para su construcción[683].

Representan, en este sentido, un punto de inflexión fundamental las Sentencias 290 y 292, ambas de 30 de noviembre del año 2000, por cuanto certifican un cambio de rumbo favorable a la consideración sin ambages del derecho a la protección de datos como verdadero derecho fundamental autónomo e independiente[684].

Afirma así la Sentencia 292/2000 que con la inclusión en el texto constitucional del artículo 18.4, "el constituyente puso de relieve que era consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática", encomendando al legislador la salvaguardia tanto de ciertos derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona; e incorporando, en definitiva un instituto de garantía "como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona", que es también, "en sí mismo, un derecho o libertad fundamental"[685].

681 Se refiere, en concreto, al "camino de sombras" que va de la intimidad a la afirmación de la privacidad, I.-C. DEL CASTILLO VÁZQUEZ, *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas. El derecho a saber y la obligación de callar*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 213 y ss.

682 Remite a la Ley el párrafo cuarto del citado artículo 18 de la Constitución la limitación del "uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

683 Resulta esencial, a estos efectos, la concreción del concepto de dato personal *stricto sensu*, por cuanto condicionará de manera indudable el ámbito de aplicación del citado derecho. Vid., en este sentido, I. AGÚNDEZ LERÍA, "La protección de datos de carácter personal y la Agencia Española de Protección de Datos", op. cit., pp. 941 y ss.; y, J. APARICIO SALOM, *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 49 y ss.

684 Subrayan, asimismo, el valor de estas Sentencias y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, E. GUICHOT REINA, *Datos personales y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 68 y ss.; y, J. L. PIÑAR MAÑAS, *¿Existe la privacidad? Inauguración Curso Académico 2008-2009*, op. cit., pp. 29 y ss. Asimismo, sobre las posibles alternativas y consecuencias de la interpretación constitucional, R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 324 y ss.

685 FJ 4 con cita y reiteración expresa de la doctrina contenida en la anterior Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio, FJ 6.

Tomando en consideración la tramitación del precepto constitucional, afirma que "el constituyente quiso garantizar mediante el actual artículo 18.4 de la Constitución no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto"[686].

Y así, frente a la función del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución, que no es otra que la de "proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad", el "derecho fundamental a la protección de datos" persigue, en cambio, "garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado". Se trata de una garantía que impone, en todo caso, a los poderes públicos "la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información".

El objeto, en definitiva, de ambos derechos resulta dispar, pero no sólo eso. Su diverso alcance otorga a su titular un haz también diferente de facultades para su adecuado ejercicio en cada caso. La propia singularidad, por tanto, del derecho a la protección de datos deriva, por un lado, de su objeto, que es "más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1 de la Constitución, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal".

Pero confiere, asimismo, a su titular, por otro lado, un "haz de facultades consistentes en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer". Entre ellos, en particular "el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino

686 FJ 4.

y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales"[687].

De ahí que el derecho a la protección de datos haya sido enunciado también como derecho a la autodeterminación informativa, por cuanto el contenido último del derecho se reduce, en realidad, a garantizar la subsistencia de un poder de control por parte del ciudadano sobre sus datos personales[688].

El problema, como se ha subrayado *supra*, excede de nuestras fronteras para plantearse de forma global. No es de extrañar, por tanto, la atención dispensada a la materia por la Unión Europea, cuya regulación ha permitido asegurar un mínimo estándar de protección de los datos personales común a todos los países miembros[689].

Destaca, en este sentido, la vigente Directiva 1995/46/CE, de 24 de octubre, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[690], cuyo artículo 28 exige la creación

[687] Recoge esta sustancial diferenciación entre los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de los apartados 1 y 4 del artículo 18 de la Constitución, el FJ 6 de la Sentencia. En consonancia, por otra parte, con la doctrina que había comenzado a abrirse paso en relación a la "libertad informática" con la Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio, FJ 7.

[688] Así lo subrayan, entre otros muchos, J. TORNOS MAS, "Potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos y principio de proporcionalidad", en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 33; y, A. TRONCOSO REIGADA, "Las Agencias de Protección de Datos como Administración independiente", op. cit., p. 94, para quien el derecho a la autodeterminación informativa no es sino el "derecho que tienen las personas a decidir por sí mismas cuándo y dentro de qué límites procede revelar datos referentes a su propia vida". La bibliografía sobre la construcción del derecho a la protección de datos o a la autodeterminación informática, su contenido esencial y las garantías para su efectividad resulta prácticamente inabarcable; vid., por todos, Á. CANALES GIL, "El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal", *RJCyL*, núm. 12, abril 2007, pp. 13 y ss.; C. CONDE ORTIZ, *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, op. cit., pp. 27 y ss.; I.-C. DEL CASTILLO VÁZQUEZ, *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas. El derecho a saber y la obligación de callar*, op. cit., pp. 133 y ss.; M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 51 y ss.; Mª. C. GUERRERO PICÓ, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 27 y ss.; E. GUICHOT REINA, *Datos personales y Administración Pública*, op. cit., pp. 61 y ss.; A. I. HERRÁN ORTIZ, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 1998, *in toto*; R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, op. cit., pp. 252 y ss.; P. L. MURILLO DE LA CUEVA y J. L. PIÑAR MAÑAS, *El derecho a la autodeterminación informativa*, op. cit., *in toto*; J. L. PIÑAR MAÑAS, "El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos", en J. L. PIÑAR MAÑAS y Á. CANALES GIL, *Legislación de Protección de Datos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 17 y ss.; y, Mª. M. SERRANO PÉREZ, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 123 y ss.

[689] "Básicamente idéntico", en opinión de S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en internet*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 181 y ss., para quien no basta, sin embargo, con la regulación europea, debiendo mundializarse los estándares de protección de los datos personales "porque global es también la red por la que circulan".

[690] Sobre su transposición al ordenamiento jurídico español y el valor de la normativa europea en materia de protección de datos, vid., por todos, C. CONDE ORTIZ, *La protección de datos personales. Un derecho*

por los Estados miembros de "una o más autoridades públicas" encargadas de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas en la materia. Exige el precepto que estas autoridades ejerzan "las funciones que les son atribuidas con total independencia"[691].

Pese al mandato recogido, en este sentido, por la normativa comunitaria, lo cierto es que el ordenamiento jurídico español se había anticipado ya a esta posibilidad organizativa, alumbrando en 1992 la Agencia de Protección de Datos, regulada en el Título VI de la LORTAD, como Administración independiente[692]. Una configuración que permanece inalterada, como no podía ser de otra manera a la vista de los requerimientos comunitarios, tras la sustitución de la LORTAD por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD), que mantiene las líneas esenciales de su regulación[693].

autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad, op. cit., pp. 49 y ss.; I.-C. DEL CASTILLO VÁZQUEZ, *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas. El derecho a saber y la obligación de callar*, op. cit., pp. 75 y ss.; Mª. C. GUERRERO PICÓ, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, op. cit., pp. 55 y ss.; E. GUICHOT REINA, *Datos personales y Administración Pública*, op. cit., pp. 28 y ss.; R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, op. cit., pp. 213 y ss.; E. ULL PONT, *Derecho público de la informática. Protección de datos de carácter personal*, UNED, Madrid, 2003, pp. 67 y ss.; y, A. RUIZ CARRILLO, *Los datos de carácter personal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 69 y ss.

[691] Para S. A. BELLO PAREDES, "Las Agencias de protección de datos en la sociedad de la información: un interesante ejemplo de actuación administrativa «tutelar» e «independiente»", op. cit., p. 141, la creación de esta autoridad administrativa de control, *ex* Derecho comunitario, "no es sino una ampliación del ámbito objetivo del concepto de servicio público a la protección de datos personales". Se trata, en todo caso, de una tendencia, la de dotar de independencia a estas Autoridades para la protección de los datos personales, apreciable en el ámbito comparado. Sobre las diversas soluciones articuladas al respecto en el ámbito internacional en relación a su esquema organizativo e institucional, vid. M. HEREDERO HIGUERAS, "La Agencia de Protección de Datos", *Informática y Derecho*, núms. 6-7, 1994, pp. 323 y ss.; R. TONIATTI, "Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada", op. cit., pp. 148 y ss.; o, Mª. M. SERRANO PÉREZ, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, op. cit., pp. 461 y ss.; asimismo, sobre los instrumentos que exigen a nivel internacional su creación, vid. I. AGÚNDEZ LERÍA, "La protección de datos de carácter personal y la Agencia Española de Protección de Datos", op. cit., pp. 969 y ss.

[692] Independencia ineludible, en opinión de A. RALLO LOMBARTE, *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, op. cit., p. 131, por cuanto estas Autoridades deben preservar los derechos de los ciudadanos "frente a las agresiones procedentes tanto de lo privado como de lo público". Sobre las reivindicaciones favorables a seguir este modelo con anterioridad a su implantación por la LORTAD y las razones que apuntan a la conveniencia de articular al respecto una protección preventiva administrativa y no meramente judicial *a posteriori*, vid. X. MURO i BAS, "La Agencia de Protección de Datos", *RAP*, núm. 147, septiembre-diciembre 1998, pp. 381 y ss., y la doctrina allí citada. Asimismo, sobre la Administración independiente como el modelo más conveniente para el cumplimiento de las funciones administrativas en el ámbito de la protección de datos personales, vid. A. TRONCOSO REIGADA, "Las Agencias de Protección de Datos como Administración independiente", op. cit., pp. 159 y ss.

[693] Nominada inicialmente por la LORTAD "Agencia de Protección de Datos", mantiene esta denominación de forma ininterrumpida hasta que el artículo 79 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, dispone su nueva denominación como "Agencia Española de Protección de Datos", debiendo entenderse las referencias contenidas en la legislación entonces vigente a la Agencia de Protección de Datos realizadas a la Agencia Española de Protección de Datos.

La trascendencia de su actividad ha sido puesta de relieve por BETANCOR, que recuerda que la "principal peculiaridad" de la ley radica en que se trata de una "ley de principios y reglas generales que sienta el equilibrio básico entre intimidad e informática, entre uso legítimo e ilegítimo de los ficheros personales, sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados". De ahí la importancia de los poderes de control asignados a la Agencia, a la que se confían, ante la insuficiencia del ordenamiento para regular una materia tan sumamente especial, técnica y dinámica, fundamentales potestades normativas para completar la ordenación, verificar y supervisar su cumplimiento e impartir, en su caso, órdenes, imponiendo sanciones a los incumplimientos constatados[694].

Las funciones encomendadas, en cualquier caso, a la Agencia han sufrido un notable desarrollo e incremento desde su articulación inicial por la LORTAD[695]. A la aprobación posterior de la LOPD hay que sumar, además, la legislación sectorial que ha venido a confiar a la misma importantes cometidos que contribuyen a sustituir su objeto inicial, el de la protección de los datos personales *stricto sensu*, por uno más amplio dirigido a la efectiva implantación y garantía de los derechos de los ciudadanos en la denominada sociedad de la información[696]. Así se desprende, en particular, de los enunciados de las Leyes 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante, LSSI); 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT); y, 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos de Comunicaciones Electrónicas y de Redes Públicas de Comunicación; así como del Reglamento de Servicios de Comunicaciones Electrónicas, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril[697].

694 A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 182 y ss.

695 Profundiza tempranamente en las funciones confiadas a la Agencia por la LORTAD, P. L. MURILLO DE LA CUEVA, "Las funciones de la Agencia de Protección de Datos", en *Jornadas sobre el Derecho español de la protección de datos personales. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre, 1996*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996, pp. 263 y ss.

696 S. A. BELLO PAREDES, "Las Agencias de protección de datos en la sociedad de la información: un interesante ejemplo de actuación administrativa «tutelar» e «independiente»", op. cit., p. 143, así lo subraya en relación con el trabajo desarrollado, asimismo, por otras importantes Administraciones autónomas como la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones o la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones.

697 Subraya la incidencia en el derecho a la protección de datos de esta legislación sectorial, analizando su articulación con la LOPD, J. L. PIÑAR MAÑAS, "Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro", en P. L. MURILLO DE LA CUEVA y J. L. PIÑAR MAÑAS, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 122 y ss.

Tras su creación en 1992 por la LORTAD[698], la Agencia Española de Protección de Datos se encuentra actualmente regulada por el Título VI de la LOPD de 1999[699] y, en lo que no se oponga a la misma, por su Estatuto, aprobado, al amparo de la Ley Orgánica anterior, por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo. Su alumbramiento ha sido respaldado por la jurisprudencia constitucional, incluyéndola la Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, entre las "instituciones especializadas de Derecho público, a las que se atribuyen diversas funciones de control sobre los ficheros de datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, tanto de titularidad pública como privada"[700]. De sus cometidos se infiere, para el Tribunal Constitucional, un "rasgo significativo" de la Agencia, esto es, el "carácter básicamente preventivo de sus funciones en orden a la protección de datos personales"[701], justificándose estas últimas y las potestades públicas de las que es titular en "la garantía de los derechos fundamentales exigida por la Constitución" y "la igualdad de todos los españoles en su disfrute"[702].

b) Manifestaciones y garantías de su independencia[703].

La independencia de la Agencia Española de Protección de Datos debe ser abordada desde una doble perspectiva, por cuanto se manifiesta tanto en el plano propiamente organizativo como en el funcional.

Por lo que se refiere a la primera de las vertientes enunciadas, la Agencia goza, en virtud del artículo 35.1 de la LOPD, de personalidad jurídica propia e independiente. Su organización descansa sobre un órgano unipersonal, el Director de la Agencia, y un Consejo Consultivo, de carácter colegiado, para el asesoramiento de aquél.

698 X. MURO i BAS, "La Agencia de Protección de Datos", op. cit., pp. 386 y ss., sostiene la existencia, en este sentido, y al amparo de los artículos 103.2 y 53.1 de la Constitución, de una reserva de ley para la creación y regulación de la Agencia.

699 Con rango de ley ordinaria en función de la Disposición Final Segunda de la Ley.

700 FJ 8.

701 FJ 9.

702 FJ 15.

703 Hay que referirse en este punto al estudio, ya clásico, de F. LÓPEZ RAMÓN, "La Agencia de Protección de Datos como Administración independiente en el Derecho español y comunitario europeo", en *Jornadas sobre el Derecho español de la protección de datos personales. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre, 1996*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996, pp. 251 y ss., acerca del alcance de la independencia de la Agencia de Protección de Datos en su configuración originaria por la LORTAD; así como al de L. MARROIG POL, "La Agencia de Protección de Datos. Reflexiones sobre la Administración para la protección del tratamiento de los datos de carácter personal", en M. Á. DAVARA RODRÍGUEZ (Coord.), *X años de encuentros sobre informática y Derecho 1996-1997*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 173 y ss.

Al Director de la Agencia corresponde su dirección y representación, disponiendo el artículo 36.2 de la LOPD que "ejercerá sus funciones con plena independencia y objetividad y no estará sujeto a instrucción alguna en el desempeño de aquéllas". Así lo destacó, en su momento, la exposición de motivos de la LORTAD, al hacer hincapié en que "la Agencia se caracteriza por la absoluta independencia de su Director en el ejercicio de sus funciones".

No deja de resultar significativo, no obstante, que el principal órgano decisorio de la Agencia sea de carácter unipersonal y que su nombramiento esté confiado al Gobierno en virtud del artículo 36.1 de la Ley, rasgos que contribuyen a diluir o, al menos, a poner en riesgo cierto la autonomía del Director en la toma de sus decisiones más relevantes[704].

Así las cosas, quedan reducidas a tres las principales manifestaciones de la independencia orgánica del Director de la Agencia. De un lado, es nombrado por un período de cuatro años de entre los miembros del Consejo Consultivo, limitándose, por tanto, la libertad del Gobierno para elegir a la persona que habrá de ocupar el cargo, con independencia, en cualquier caso, de lo que después se dirá sobre la organización de dicho Consejo.

De otro lado, una vez nombrado sólo podrá ser cesado antes de la expiración de su período de mandato si concurre alguna de las causas específicamente tasadas como *numerus clausus* en el artículo 36.3 de la LOPD, esto es, "a petición propia o por separación acordada por el Gobierno, previa instrucción de expediente, en el que necesariamente serán oídos los restantes miembros del Consejo Consultivo, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función, incompatibilidad o condena por delito doloso"[705].

Su nombramiento queda sujeto, asimismo, desde fechas relativamente recientes a los requisitos previos definidos en este sentido por el artículo 2 de la Ley 5/2006,

[704] El artículo 36.1 de la LOPD no afirma de forma expresa el nombramiento gubernamental, si bien cabe inferirlo así de su enunciado, por cuanto dispone que el Director "será nombrado, de entre quienes componen el Consejo Consultivo, mediante Real Decreto, por un período de cuatro años". Mucho más claro resulta el Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, cuyo artículo 14.1 establece que "será nombrado por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia, de entre los miembros del Consejo Consultivo". Sus vínculos gubernamentales llevan a A.-E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 373, a calificarla de "mero delegado gubernativo para la informática". En sentido similar se pronuncia, A. I. HERRÁN ORTIZ, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, op. cit., pp. 344 y ss., para quien la independencia de la Agencia es su "asignatura pendiente".

[705] Se refiere, asimismo, al cese y separación del Director de la Agencia el artículo 15 de su Estatuto. Para A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., p. 175, la regulación en este punto de la Agencia de Protección de Datos confirma que la estabilidad de las autoridades colocadas al frente de las Administraciones independientes es el "principal y más importante mecanismo de garantía".

de 10 de abril, de conflictos de intereses de miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración, en el que se exige la comparecencia de la persona propuesta por el Gobierno para Director de la Agencia Española de Protección de Datos ante el Congreso de los Diputados. Conforme al apartado tercero del precepto citado, la comisión parlamentaria del Congreso de los Diputados examinará, en su caso, a los candidatos propuestos, formulando sus miembros las preguntas o solicitando las aclaraciones que estimen oportunas, y emitirá un dictamen en el que establecerá si se aprecia o no la existencia de conflicto de intereses.

El Consejo Consultivo es, a su vez, el órgano de asesoramiento del Director de la Agencia[706], compuesto por miembros en representación de nueve categorías o procedencias institucionales diversas:

– Diputado, propuesto por el Congreso de los Diputados.
– Senador, propuesto por el Senado.
– Representante de la Administración Central del Estado, designado por el Gobierno de la Nación[707].
– Representante de la Administración local, propuesto por la Federación Española de Municipios y Provincias.
– Miembro de la Real Academia de la Historia, a su propia propuesta.
– Experto en la materia, propuesto por el Consejo Superior de Universidades[708].
– Representante de los usuarios y consumidores, seleccionado del modo que se prevea reglamentariamente[709].
– Representante de cada Comunidad Autónoma que haya creado una Agencia de protección de datos en su ámbito territorial, propuesto de acuerdo con el procedimiento que establezca la respectiva Comunidad Autónoma[710].

[706] M. VIZCAÍNO CALDERÓN, *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 397 y ss., hace hincapié en lo limitado de la función asesora del Consejo Consultivo, que no se traduce en la exigencia de informes preceptivos y, menos aún, vinculantes.

[707] A propuesta del Ministro de Justicia conforme al artículo 19.1 c) del Estatuto de la Agencia.

[708] De entre los cuerpos docentes de enseñanza superior e investigadores con acreditado conocimiento en el tratamiento automatizado de datos, conforme a lo dispuesto en el artículo 19.1 g) del Estatuto de la Agencia.

[709] Su propuesta corresponde al Consejo de Consumidores y Usuarios mediante terna, conforme al artículo 19.1 h) del Estatuto de la Agencia.

[710] La creación de la Agencia Española de Protección de Datos no impide la articulación, al amparo y en los términos dispuestos a estos efectos por los artículos 41 y 42 de la LOPD, de otros órganos o instituciones autonómicas competentes en relación a ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración local de su ámbito territorial. De esta forma, se han creado diversas Agencias autonómicas de Protección de Datos, significativamente, en la Comunidad de Madrid, Cataluña o País Vasco, proyectándose, asimismo, otras que finalmente han decaído sin ver la luz. Vid., a este respecto, M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 399 y ss.; A. I. HERRÁN ORTIZ, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, op. cit., pp. 359 y ss.; X. MURO i BAS, "La Agencia de Protección de Datos", op. cit., pp. 385 y ss.; J. L. PIÑAR MAÑAS, "Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro", op. cit.,

– Representante del sector de ficheros privados, para cuya propuesta se seguirá el procedimiento que se regule reglamentariamente[711].

Llama la atención que ni la LOPD ni el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos exijan unos conocimientos, cualificación o perfil técnico específicos a los miembros del Consejo, más aún si consideramos que de entre los mismos se escoge al Director de la Agencia. El silencio normativo al respecto pone en un brete la pretendida independencia de la Agencia y, en particular, la autonomía del Director en la adopción de sus decisiones, por cuanto la independencia de este tipo de Administraciones o entidades institucionales depende más, en muchas ocasiones, de la "aptitud personal" de quien esté al frente de las mismas, que de las propias "garantías jurídicas" que se quieran articular a tal efecto[712].

Por lo que se refiere, en fin, a la segunda de las vertientes en que se manifiesta la independencia definidora de la Agencia Española de Protección de Datos, esto es, su faceta funcional, la propia LOPD resulta explícita cuando dispone que la Agencia "actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones" (artículo 35.1) o al establecer que el Director "ejercerá sus funciones con plena independencia y objetividad y no estará sujeto a instrucción alguna en el desempeño de aquéllas" (artículo 36.2).

No en vano corresponde a la Agencia, en los términos del artículo 37.1 a) de la LOPD, "velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación", aun cuando la infracción al respecto pudiera provenir, en su caso, de una Administración Pública. El artículo 46 de la LOPD confía al Director de la Agencia, en este último caso, la adopción de una resolución estableciendo las medidas que proceda adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción, pudiendo proponer, asimismo, la iniciación de actuaciones disciplinarias, si procedieran en el caso particular.

pp. 128 y ss.; A. RUIZ CARRILLO, *Los datos de carácter personal*, op. cit., pp. 57 y ss.; A. TRONCOSO REIGADA, "La contribución de las Agencias Autonómicas al derecho fundamental a la protección de datos", en M. Á. DAVARA RODRÍGUEZ (Coord.), *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho 2002-2003*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, pp. 23 y ss.; *ídem*, "Las Agencias de Protección de Datos como Administración independiente", op. cit., pp. 98 y ss.; y, M. VIZCAÍNO CALDERÓN, *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal*, op. cit., pp. 429 y ss.; así como los diversos trabajos sobre las Agencias Autonómicas de Protección de Datos y los Anteproyectos de Ley de creación de nuevas Agencias autonómicas en A. TRONCOSO REIGADA (Dir.), *Estudios sobre Administraciones Públicas y protección de datos personales. I Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 195 y ss.

711 Propuesto por el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación mediante terna, conforme al artículo 19.1 i) del Estatuto de la Agencia.

712 Así lo ha subrayado respecto a las Administraciones independientes en general, criticándolo como un auténtico "retroceso" en relación al supuesto particular de la Agencia Española de Protección de Datos, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., p. 176. También A. RALLO LOMBARTE, *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 137 y ss., se refiere a aquellos extremos que ponen en riesgo el estatuto normativo garantizador de la independencia de la Agencia Española de Protección de Datos, si bien constata "el prestigio y autoridad logrados" pese a todo por la Agencia en la práctica.

Ahora bien, qué duda cabe que los aspectos orgánicos y funcionales se encuentran íntimamente imbricados, de forma que resulta difícil separarlos si no es a efectos meramente convencionales para la exposición de las particularidades más sobresalientes del régimen jurídico y el funcionamiento de la Agencia. Y así, resulta innegable que cualquier declaración legal de independencia funcional de la Agencia o de su Director en el ejercicio de sus competencias se encuentra inmediata e irremediablemente teñida por las incógnitas planteadas por los aspectos orgánicos precitados, en particular, el nombramiento gubernamental del Director entre personas a las que no se exige una particular cualificación o conocimientos técnicos apropiados a la materia.

Se ha alegado, incluso, la grave afección de la independencia e imparcialidad de la Agencia Española de Protección de Datos como parte interesada en el expediente sancionador, a la vista del artículo 32 c) de su Estatuto, relativo a los recursos económicos de la Agencia, en los que se comprenden "los ingresos, ordinarios y extraordinarios derivados del ejercicio de sus actividades", por cuanto a mayor sanción, mayores recursos económicos para la Agencia.

Se trata, en cualquier caso, de un argumento expresamente desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 16 de julio de 2002 (RJCA\2004\379). Resulta de gran interés el razonamiento del Tribunal al respecto. Sostiene que el presupuesto de la Agencia "es fijado en los Presupuestos Generales del Estado, conforme al artículo 34.1 del mismo Estatuto, de acuerdo con las necesidades del organismo y demás principios presupuestarios. Las multas, en su caso, tan sólo constituirían uno de los medios económicos con que cuenta para el ejercicio de sus funciones (artículos 34.5 de la LOPD y el ya mencionado 32 del Estatuto), lo que no significa que su importe acreciente su patrimonio o sus recursos, sino simplemente la afección de tales sumas a un fin concreto. Los ingresos procedentes de esta fuente habrán de suplirse o adicionarse con otros a fin de satisfacer las necesidades presupuestarias de la Agencia. En todo caso, la finalidad que cumple la Agencia está situada fuera de la órbita de sus hipotéticos intereses propios, en cuanto consiste en una función pública que, obviamente, la trasciende, por lo que no puede advertirse una coincidencia de intereses que permitiera poner en duda en términos generales la imparcialidad de sus actuaciones". De ahí que concluya afirmando que "la naturaleza de los fines a que está destinada

la Agencia y la participación en las notas comunes a los entes públicos permite presumir su objetividad e imparcialidad"[713].

Y, sin embargo, en la práctica, la Agencia Española de Protección de Datos se ha ganado, pese a todo, un merecido prestigio y autoridad en su ámbito de actuación como consecuencia de su intervención decidida en defensa del derecho de los ciudadanos a controlar sus propios datos personales, tanto desde la perspectiva normativa, con la aprobación de las instrucciones de desarrollo oportunas, como desde el punto de vista sancionador, con la tramitación de innumerables y trascendentales expedientes sancionadores en la materia, aún cuando la titularidad de los datos afectados pudiera corresponder, en última instancia, a una Administración Pública. Una realidad que, pese a resultar loable y asentar unas bases inmejorables para su actuación futura, no empaña, sin embargo, la inadecuada configuración y garantía legal de una independencia que es, al menos sobre el papel, más pretendida que real, corriendo el riesgo de verse seriamente afectada en el funcionamiento cotidiano de la entidad y en la adopción de algunas de sus decisiones más significativas[714].

c) La función de supervisión en materia de protección de datos: capacidad normativa y potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos.

La Agencia Española de Protección de Datos cuenta con un importante haz de facultades para la realización de las diversas funciones que le son encomendadas por el artículo 37 de la LOPD. Todas ellas, en particular, las de promoción y fomento de la protección de datos, información, autorización, vigilancia, inspección, control, ordenación y sanción, pueden ser reconducidas, con carácter general, a una función más amplia de supervisión en materia de protección de datos. No en vano, el precepto legal citado encarga a la Agencia, en primer lugar, "velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos".

[713] Fundamento de derecho segundo.

[714] De ahí las continuas llamadas doctrinales, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el ámbito doctrinal, a un reforzamiento de su autonomía y de su posición. Vid., en este sentido, J. L. PIÑAR MAÑAS, *¿Existe la privacidad? Inauguración Curso Académico 2008-2009*, op. cit., p. 37, que no duda en considerar el control independiente como "uno de los principios configuradores del contenido esencial del derecho a la protección de datos". Con mayor profundidad, del mismo autor, "El derecho fundamental a la protección de datos personales. Algunos retos de presente y futuro", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 13, diciembre 2005, pp. 30 y ss.; y, "El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos", op. cit., pp. 28 y ss.

En este sentido, revisten una singular importancia, a los efectos de este trabajo de investigación, las incógnitas planteadas por el ejercicio de las potestades normativa y sancionadora en manos de la Agencia. Más aún si se toma en consideración que la LRJAP y PAC resulta de aplicación meramente supletoria a su ejercicio, por cuanto la Agencia Española de Protección de Datos se rige en primer lugar, y con carácter preeminente, por el Título VI de la LOPD, por su propio Estatuto y por las demás disposiciones de desarrollo de la Ley Orgánica de 1999, señaladamente, el Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (en adelante, RLOPD)[715].

a') Potestad normativa e instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos.

La LOPD no reconoce ni atribuye expresamente la potestad reglamentaria a la Agencia Española de Protección de Datos, si bien cabe inferir ciertas competencias normativas de la Agencia del enunciado de su artículo 37. Así, conforme al apartado c) del mismo, le corresponde "dictar, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley". Del mismo modo, conforme al apartado h), se le confía "informar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen" la LOPD, encargándole, asimismo, el apartado m) "dictar las instrucciones precisas, [y] dictaminar sobre las condiciones de seguridad de los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos".

Nada más dispone la Ley sobre una hipotética potestad reglamentaria de la Agencia, planteándose, en consecuencia, la duda sobre el alcance de las instrucciones a que se refiere el artículo 37. ¿Son propiamente normas jurídicas, de rango reglamentario, vinculantes *ad extra*? ¿O se trata tan sólo de resoluciones meramente interpretativas, de menor alcance y repercusión, por tanto, que encajarían, más bien, en lo que *supra* se han calificado de prácticas pararreglamentarias?[716]

[715] Previsión con la que se muestra sumamente crítico S. A. BELLO PAREDES, "Las Agencias de protección de datos en la sociedad de la información: un interesante ejemplo de actuación administrativa «tutelar» e «independiente»", op. cit., p. 148, no sólo por el "carácter común" de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, "que la debiera hacer aplicable con preferencia a cualquier otra en materia de los procedimientos administrativos", sino, en particular, por "su aquilatada calidad técnico-jurídica". Se refieren, asimismo, a la problemática relativa a la aplicación en materia de protección de datos de las disposiciones de la LRJAP y PAC y de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, J. VALERO TORRIJOS y M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, "Procedimientos administrativos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos", en R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (Coord.), *Protección de datos. Comentarios al Reglamento de Desarrollo de la LOPD*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 267 y ss.

[716] Resulta del todo pertinente en este punto la advertencia realizada por J. A. SANTAMARÍA PASTOR, "La Administración como poder regulador", op. cit., p. 418, para quien "la forma empírica en que ha tenido lugar

Resulta algo más concreto, si bien no mucho más claro, el artículo 5 del Estatuto de la Agencia, en el que se establece un principio general de colaboración de la Agencia con los órganos competentes para la elaboración y aplicación de las normas que desarrollen o incidan en materias propias de la LOPD. Y así, conforme a este precepto estatutario, las competencias de la Agencia al respecto comprenden informar preceptivamente los proyectos de disposiciones generales de desarrollo de la LOPD o de leyes o reglamentos que incidan en su materia propia, así como dictar las instrucciones y recomendaciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la Ley Orgánica o las recomendaciones, en fin, para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de seguridad de los datos y control de acceso a los ficheros[717].

No resulta necesario insistir en lo criticable del enunciado de ambos preceptos, que no dejan del todo claro si las "instrucciones" que la Agencia está habilitada para dictar son, en realidad, normas reglamentarias vinculantes *ad extra*. La trascendencia del derecho fundamental implicado, la dificultad práctica de regular una materia tan sumamente técnica y dinámica, así parecen aconsejarlo, si bien no cabe duda que resultaría del todo punto oportuno y deseable que las normas creadoras y reguladoras de las Administraciones independientes se pronunciaran con claridad y seguridad suficientes, sin abocar el problema a la interpretación doctrinal y, lo que es peor, a la controversia jurisdiccional, en claro perjuicio de la seguridad jurídica de los ciudadanos[718].

El Tribunal Constitucional ha legitimado la capacidad normativa de la Agencia Española de Protección de Datos refiriéndose expresamente a ella en su Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, si bien de una forma un tanto tangencial y somera,

este proceso de dispersión de la potestad reglamentaria ha conllevado, como no podía ser de otra manera, un amplio elenco de incertidumbres en cuanto a la titularidad real, en términos de Derecho, esta potestad", de tal manera que "no hay forma de saber con certeza si determinados órganos o entes poseen o no potestad reglamentaria y en qué grado o nivel".

[717] La problemática planteada por el reconocimiento de la capacidad normativa de la Agencia Española de Protección de Datos se circunscribe, en realidad, a las instrucciones que ésta pueda dictar, por cuanto tienen carácter vinculante y suponen una auténtica innovación, por mínima que sea, del ordenamiento jurídico. Distinto es el supuesto, en cambio, de la recomendación, que representa tan sólo un mero recordatorio de la legislación vigente en un punto concreto, incorporando criterios y buenas prácticas al respecto que faciliten su aplicación y cumplimiento. E. ULL PONT, *Derecho público de la informática. Protección de datos de carácter personal*, op. cit., p. 172, se refiere, en cualquier caso, a la "gran importancia" de las instrucciones de la Agencia, que han permitido "ir marcando un camino de procedimiento y actuación para los que creen un fichero de datos personales".

[718] Vid., por todos, X. MURO i BAS, "La Agencia de Protección de Datos", op. cit., pp. 391 y ss., que, ante la ausencia de una atribución explícita de la potestad normativa en la LOPD o en el Estatuto de la Agencia, se interroga sobre su posible atribución o reconocimiento implícito, analizando todos los argumentos a favor y en contra de su reconocimiento a la luz de la tramitación parlamentaria de la LORTAD.

a los simples efectos de incluirla y enumerarla entre las potestades administrativas en manos de la Agencia[719].

Más explícito resulta, en cambio, el Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 16 de febrero de 2007 (Ar. 739), sanciona la eficacia *ad extra* de las instrucciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos, diferenciándolas de las instrucciones a que se refiere el artículo 21 de la LRJAP y PAC, "dirigidas a los órganos jerárquicamente dependientes y destinadas a ordenar las actividades del servicio en virtud de las facultades de dirección, que producen efectos *ad intra* y cuya obligatoriedad para los subordinados no derivan de un carácter normativo que no tienen sino de los deberes impuestos en virtud del principio de jerarquía al que responden", así como de los Reglamentos de desarrollo de la LOPD, competencia del Gobierno respecto de los que tan sólo corresponde a la Agencia la facultad de informe[720]. En suma, "no se trata, por lo tanto, de atribuir a la Agencia de Protección de Datos el desarrollo reglamentario de la Ley sino de que la misma, como Ente público al que se encomienda el control de la aplicación de la Ley, dirija tal aplicación estableciendo las instrucciones que entienda precisas para conseguir que el tratamiento automatizado de datos se ajuste a los principios que la Ley dispone, delimitando así el ámbito de la potestad reconocida y con ello de la finalidad y objeto de tales instrucciones, que se proyectan sobre la aplicación de la Ley, al margen, por lo tanto, de su desarrollo reglamentario mediante las correspondientes disposiciones generales, en el que la intervención de la Agencia se limita a la emisión de los correspondientes informes"[721].

Corresponden de esta forma a la Agencia funciones normativas *ad extra* si bien circunscritas a un ámbito muy concreto, el de la modulación, precisión y adaptación de los tratamientos de datos a los principios legales aplicables en virtud de la LOPD, que no su innovación mediante la creación de derechos y obligaciones

[719] FJ 8.

[720] Doctrina reiterada, respecto a la doble distinción de la instrucción de las circulares y de los reglamentos de desarrollo de la Ley, por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2007 (JUR 210532), fundamento de derecho cuarto, y de 12 de febrero de 2008 (JUR 80096), fundamento de derecho cuarto.

[721] Fundamento de derecho tercero. Se ampara el Tribunal en el evidente paralelismo que existe, a su juicio, entre la Agencia Española de Protección de Datos y otras Administraciones independientes como el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para trasladar el reconocimiento del alcance y límites de la potestad normativa de éstas a aquélla. Por lo que se refiere a la constitucionalidad de la atribución de potestad normativa a algunos ejemplos concretos de estas Administraciones independientes y las condiciones que debe cumplir el producto normativo resultante, vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Comentario a la Disposición Adicional Octava de la Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito", en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, CECA, Madrid, 1989, pp. 197 y ss.; M. FUERTES LÓPEZ, *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pp. 53 y ss.; o, E. MALARET i GARCÍA, "La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)", *REDA*, núm. 76, octubre-diciembre 1992, pp. 572 y ss.

sin anclaje en la misma, sin que quepan ni se admitan, en caso alguno, posibles interferencias con la potestad reglamentaria general del Gobierno para el desarrollo del texto legal[722].

No se trata, en cualquier caso, de una atribución normativa implícita, si bien tampoco de una habilitación que pueda calificarse de explícita ante su propia equivocidad y defectuoso enunciado. Descansa, a la vez que la refuerza, sobre la propia independencia de la Agencia, creada como instrumento cardinal para la preservación y garantía, nada menos, que del contenido esencial de un derecho fundamental[723]. No en vano, su capacidad normativa se reconoce sobre la base del carácter técnico, complejo, dinámico y cambiante del sustrato que se pretende ordenar[724]; caracteres que impiden que sea el legislador ordinario o, en su defecto, el Gobierno, como depositario de la potestad reglamentaria originaria, quienes agoten, en última instancia, la regulación aplicable en materia de protección de datos.

Resulta de gran interés la reflexión desarrollada, en este sentido, por Troncoso Reigada, para quien la función normativa de la Agencia Española de Protección de Datos contribuye, en fin, a concretar los principios y derechos que reconoce y expresa la LOPD mediante conceptos jurídicos indeterminados, recogidos muchas veces en cláusulas generales, y que deben aplicarse a los tratamientos de datos personales. Define, en definitiva, "los criterios y medidas concretas en materia de calidad de los datos –finalidad, tipología de datos, plazo de cancelación–, información, consentimiento, posibles cesiones, etc., que permiten materializar la protección de datos personales en los distintos tratamientos, haciendo compatible el derecho fundamental con el interés público o privado que justifica el tratamiento de datos personales". Las instrucciones y recomendaciones de la Agencia contribuyen, de esta forma, a reforzar la seguridad jurídica, facilitando el cumplimiento de una legislación en ocasiones sumamente técnica y compleja,

722 Cuestión especialmente espinosa, por otra parte, en cuanto resulta difícil evitar que ambas potestades reglamentarias se solapen y entren en contradicción ante los "niveles de indeterminación que tienen lugar en las atribuciones legales de competencia reglamentaria a concretos organismos independientes del Estado" y las "fórmulas vagas" empleadas por el ordenamiento al respecto, tal y como denuncia, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, "La Administración como poder regulador", op. cit., p. 421. En idéntico sentido, G. GARCÍA ÁLVAREZ, "Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico", op. cit., p. 145, para quien puede resultar en ocasiones "difícil de deslindar" la frontera entre lo que pueda ser la publicación de los criterios de la Agencia para aplicar la normativa en materia de protección de datos y el auténtico desarrollo reglamentario.

723 En idéntico sentido, X. MURO i BAS, "La Agencia de Protección de Datos", op. cit., pp. 395 y ss.

724 Y así, M. VIZCAÍNO CALDERÓN, *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal*, op. cit., p. 405, sostiene que la Agencia ejercita en estos casos, a través de su Director, "un poder específico de contenido eminentemente técnico e instrumental para facilitar la adecuación de los tratamientos a las disposiciones de la Ley".

permitiendo alcanzar en este ámbito "un adecuado equilibrio entre normas abiertas y normas cerradas"[725].

Lo expuesto hasta aquí resulta de gran interés desde la perspectiva concreta del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Agencia, en cuanto no cabe excluir, sino todo lo contrario, la posibilidad de que se concrete el tipo legal a través de sus instrucciones. Rigen a este respecto todas las precauciones expuestas, no sólo en relación a la potestad reglamentaria, en sentido estricto, de la Agencia Española de Protección de Datos, sino en relación con la colaboración ley-reglamento para la concreción de los comportamientos infractores sin contravención del principio sancionador de legalidad en su vertiente tanto formal como material, esto es, garantizando una mera cooperación del reglamento en la tipificación concreta de la infracción, sin que suponga la sustitución de las facultades del legislador[726].

Pese a ello, no deja de suscitar dudas, incógnitas y suspicacias diversas por cuanto el ejercicio de esta potestad reglamentaria desde la perspectiva de la tipificación de infracciones y sanciones en materia de protección de datos implica una modulación aún mayor de los principios sancionadores esenciales que deben regir en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador.

En efecto, recordar que los requerimientos analizados *supra* para admitir la colaboración ley-reglamento en materia sancionadora son igualmente aplicables en materia de protección de datos, si bien se diluye un tanto, en este último caso, la legitimación de la colaboración reglamentaria en la definición del régimen sancionador correspondiente, por cuanto la titularidad de la potestad normativa infralegal al respecto recae no sólo sobre el Gobierno sino también sobre una entidad institucional independiente, la Agencia Española de Protección de Datos, que funciona con cierta autonomía respecto de su Administración matriz, representando, por tanto, una minoración o descenso en la escala de la legitimación democrática de la normativa que aprueba, planteando dudas, ante la amplitud y vaguedad del enunciado de la LOPD, acerca de la admisibilidad y del alcance concreto de esas

725 A. TRONCOSO REIGADA, "Las Agencias de Protección de Datos como Administración independiente", op. cit., p. 109.

726 Así lo admiten, en particular, respecto a instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos integrantes del tipo, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2006 (JUR 152433), fundamento de derecho tercero, de 31 de mayo de 2006 (RJCA 365), fundamento de derecho séptimo, y de 12 de febrero de 2008 (JUR 80096), fundamento de derecho cuarto.

puntualizaciones, explicaciones, aclaraciones o concreciones que, en materia sancionadora, pudiera abordar en sus instrucciones[727].

No en vano, su naturaleza como Administración independiente y la pretendida limitación de su potestad normativa han llevado a considerar inaplicable a las instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos el procedimiento reglamentario tipo previsto por la LRJAP y PAC. Las objeciones que cabría plantear a estos efectos, desde la perspectiva, en particular, de la supresión de un trámite de fundamental importancia desde la perspectiva de los destinatarios de la norma, como es el de la audiencia al interesado, han sido abordadas por la jurisprudencia, que ha sancionado su exclusión en materia de protección de datos.

Y así, el Tribunal Supremo sostiene en su Sentencia de 16 de febrero de 2007 (Ar. 739), que el procedimiento para el ejercicio de la potestad normativa de la Agencia "habrá de acomodarse y contrastarse con el establecido para la adopción de sus acuerdos por la Agencia de Protección de Datos en su normativa específica y no con el establecido para la elaboración de disposiciones generales en el ejercicio de la potestad reglamentaria de desarrollo de la Ley, que se invoca por la recurrente y que no es el caso"[728].

A idéntica conclusión llega también la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2007 (JUR 210532), que, fundándose en la del Tribunal Supremo antes citada, sostiene que "en la elaboración de estas instrucciones, la Agencia no ha de sujetarse a las normas procedimentales previstas para la elaboración de las disposiciones generales, concretamente el trámite de audiencia, el informe de la Secretaría General Técnica y el dictamen del Consejo de Estado, ya que se trata de una potestad reglamentaria específica y no genérica como la atribuida al Gobierno"[729].

[727] Es prácticamente irresoluble la problemática planteada, en este sentido, por la posible subordinación jerárquica de las instrucciones de la Agencia a la potestad reglamentaria del Gobierno. Si se afirma el principio de jerarquía hasta sus últimas consecuencias, se pone en un serio aprieto la independencia de la Agencia que es la que justifica, en definitiva, su potestad normativa. Si se niega, por el contrario, la inferioridad de las instrucciones de la Agencia y su sumisión a la potestad reglamentaria gubernamental, se rompe un principio fundamental, cual es el de la jerarquía normativa, sin que esté suficientemente delimitada, en cuanto a su habilitación, atribución y ejercicio, la potestad reglamentaria de la Agencia Española de Protección de Datos en la LOPD, viéndose comprometida, por tanto, su legitimación, que, no cabe duda alguna, es la más débil en la cadena normativa. Más aún si tomamos en consideración que está en juego un derecho fundamental, como subraya X. MURO i BAS, "La Agencia de Protección de Datos", op. cit., p. 401. No en vano, lamenta S. MUÑOZ MACHADO, "Los principios del Derecho de la regulación: la actividad de las Agencias y su control", *RGDA*, núm. 20, 2009, pp. 25 y ss., que la jurisprudencia de nuestros Tribunal Supremo y Constitucional no haya alcanzado todavía "los desarrollos que serían pertinentes" en relación con el "análisis de las habilitaciones con que cuentan las Administraciones reguladoras a los efectos de establecer las normas que aprueban o las resoluciones que dictan".

[728] Fundamento de derecho sexto.

[729] Fundamento de derecho cuarto.

La Agencia es asimismo depositaria, en cualquier caso, del ejercicio de funciones pararreglamentarias, esto es, de prácticas que, sin implicar el ejercicio de una potestad normativa *stricto sensu*, colaboran o inciden, sin embargo, en su desarrollo, ya sea en el momento de la aprobación de otras normas o, en cambio, en el de su aplicación a un supuesto particular.

Y así, el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos sanciona su participación y colaboración en la aprobación de los proyectos de disposiciones generales de desarrollo de la LOPD, de cualesquiera proyectos de ley o reglamento que incidan en la materia propia de la Ley Orgánica y de los proyectos de ley por los que se exijan datos con carácter obligatorio[730]. Del mismo modo, su Estatuto, en desarrollo de las funciones reguladas por la LOPD, erige a la Agencia en intérprete del marco normativo existente, al habilitarla para dictar las recomendaciones precisas, que no instrucciones, sin carácter normativo o vinculante, por tanto, ya sea para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la LOPD o para facilitar y garantizar la correcta aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de seguridad de los datos y control de acceso a los ficheros[731].

b') El ejercicio de la potestad sancionadora en materia de protección de datos.

Así como la existencia de una autoridad administrativa independiente en materia de protección de datos, con funciones eminentemente supervisoras e incluso normativas, es un hecho incontestable, extendido y consolidado en el ámbito internacional, una exigencia, incluso, en el ordenamiento comunitario, la atribución a la misma de la capacidad sancionadora no se da en todos los ordenamientos comparados, ni siquiera en todos los de los Estados miembros de la Unión Europea, por cuanto no lo exige así la Directiva 1995/46/CE, de 24 de octubre, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[732].

[730] Artículos 5, apartados a) y b), y 6 c) del Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo. Esta colaboración se traduce en la obligación de contar con el informe preceptivo de la Agencia que, por lo que se refiere al último de los supuestos enunciados, se extenderá también a la adecuación del proyecto de ley a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de la Función Estadística Pública.

[731] Artículos 5, apartados c) y d), del Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo.

[732] Su artículo 24 se limita a disponer que "los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar la plena aplicación de las disposiciones de la presente Directiva y determinarán, en particular, las sanciones que deben aplicarse en caso de incumplimiento de las disposiciones adoptadas en ejecución de la presente Directiva", sin especificar la naturaleza o el origen de esas sanciones. Tampoco el artículo 28, relativo a la autoridad de control, cita la potestad sancionadora entre los poderes mínimos que enuncia a este respecto en su apartado tercero.

Y, sin embargo, resulta innegable que la titularidad de la potestad administrativa sancionadora representa un complemento ineludible de la función de control atribuida, en nuestro ordenamiento jurídico, a la Agencia Española de Protección de Datos, erigiéndose inequívocamente en corolario lógico a sus funciones de supervisión, en cuanto instrumento de cierre que le habilita para actuar allí donde pudiera observar posibles incumplimientos de la normativa aplicable en la materia[733]. Así se desprende, en todo caso, del artículo 37.1 de la LOPD, que en su apartado g) atribuye de forma expresa a la Agencia el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por el Título VII de la Ley Orgánica, sometido a una profunda reforma a raíz de la reciente aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible[734].

Conforme a la Memoria de la Agencia Española de Protección de Datos correspondiente al año 2009, el número total de procedimientos relativos al ejercicio de su potestad sancionadora se ha incrementado un 61,43 por 100 respecto del año inmediatamente anterior, situándose cerca de los 4000 procedimientos[735]. De ellos 3107 han desembocado en el archivo de actuaciones previas, dando lugar a resolución 709 procedimientos, 621 de naturaleza sancionadora y tan sólo 88 favorables al archivo[736]. Pese a la ampliación de las competencias sancionadoras de la Agencia por la legislación sectorial y, en particular, por la LSSI de 2002 y la LGT de 2003, el 92,84 por 100 de las sanciones que impuso durante 2009 se fundaron en la infracción de la LOPD.

A efectos meramente estadísticos, el análisis de los datos aportados por la Agencia permite apreciar que en el ámbito de los ficheros privados, las infracciones sancionadas con mayor frecuencia son las relacionadas con el incumplimiento del deber de recabar el consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos

733 Así, entre otros, J. Mª. ABAD LICERAS, "El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores y supervisores en el mercado español", op. cit., p. 93; M. BURZACO SAMPER, "La potestad sancionadora de la Administración y su aplicación en el caso de los organismos reguladores", op. cit., pp. 107 y ss.; y, A. TRONCOSO REIGADA, "Las Agencias de Protección de Datos como Administración independiente", op. cit., pp. 123 y ss.

734 Reforma considerada por A. PACHECO CIFUENTES, "La esperada reforma del régimen sancionador de la LOPD en la Ley de Economía Sostenible", *Iuris semanal. Boletín de noticias*, núm. 157, febrero 2011, "de gran calado y de enormes consecuencias prácticas". Pese a todo no cabe sino convenir con el autor en lo criticable de la forma escogida para sustanciarla, "de rondón, aprovechando el plazo para la introducción de vetos y enmiendas durante el paso por el Senado de un Proyecto de Ley, la de Economía Sostenible, que nada tiene que ver con la protección de datos de carácter personal".

735 Para A. PACHECO CIFUENTES, "La esperada reforma del régimen sancionador de la LOPD en la Ley de Economía Sostenible", op. cit., no cabe duda alguna que el régimen sancionador de la LOPD "es el más duro de Europa".

736 Memoria disponible en la página web de la Agencia Española de Protección de Datos, en concreto,

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/memorias/memoria_2009/common/AEPD_memoria_2009.pdf, pp. 50 y ss.

personales y con la vulneración del principio de calidad de los datos. En el sector, en cambio, de los ficheros de titularidad pública, las infracciones más numerosas son la vulneración del deber de secreto y el incumplimiento de normas relativas a las materias de seguridad[737].

La legitimidad de la potestad sancionadora ejercida por la Agencia Española de Protección de Datos está, en este sentido, fuera de toda duda. Su Ley de creación, la LORTAD, recogía expresamente su atribución a la Agencia, reiterándose la LOPD en esta previsión. El Estatuto de la Agencia, aprobado en 1993, profundiza a este respecto, concretando y distribuyendo entre su organización interna el ejercicio de sus competencias en materia sancionadora[738].

De esta forma, corresponde al Director de la Agencia adoptar las medidas cautelares y provisionales que requiera el ejercicio de la potestad sancionadora de la Agencia con relación a los responsables de los ficheros privados, así como iniciar, impulsar la instrucción y resolver los expedientes sancionadores referentes a estos mismos responsables e instar, en fin, la incoación de expedientes disciplinarios en los casos de infracciones cometidas por órganos responsables de ficheros de las Administraciones Públicas[739]. El ejercicio, en cambio, de los actos concretos de instrucción en los expedientes sancionadores referentes a los responsables de ficheros privados compete a la Inspección de Datos[740].

La titularidad y, por ende, legitimidad de la potestad administrativa sancionadora confiada a la Agencia Española de Protección de Datos, han sido confirmadas, además, por la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en incontables Sentencias[741].

Ello no impide reconocer, sin embargo, la escasa claridad que ha caracterizado a la regulación de la potestad sancionadora en manos de la Agencia, así como el excesivo peso y protagonismo del aparato sancionador en el ejercicio de sus funciones, por cuanto representa, en realidad, el único instrumento de reacción

737 Sistematiza estos datos E. GUICHOT REINA, "Protección de datos personales, potestad sancionadora", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 904 y ss.

738 El RLOPD unifica, en este sentido, en sus artículos 120 y siguientes, el procedimiento sancionador aplicable a las infracciones tipificadas por la LOPD, LSSI y LGT.

739 Artículo 12.1, apartados h), i) y j), del Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo.

740 Artículo 29 del Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo.

741 No en vano, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la LJCA establece que los actos administrativos dictados por la Agencia Española de Protección de Datos serán recurribles "directamente, en única instancia, ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional".

habilitado por la LOPD frente a incumplimientos y conductas ilegales en materia de protección de datos[742].

Abordando, en primer lugar, la descripción y concreción de los tipos infractores, llama la atención la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas genéricas empleadas desde la redacción originaria de la LORTAD y perpetuadas por la LOPD para la definición de los comportamientos ilegales[743].

Se ha hecho referencia *supra* a la viabilidad de la colaboración ley-reglamento para el desarrollo del régimen sancionador aplicable a un ámbito particular, si bien a aquellas dudas planteadas desde la perspectiva general habría que sumar ahora, además, las incógnitas abiertas, en particular, por el ejercicio de la potestad normativa *ad extra* de la Agencia. La confluencia de ambas vertientes aconseja extremar la prudencia en la definición legal de los tipos, de forma que las instrucciones de la Agencia vayan efectivamente dirigidas a concretar tan sólo aquellos aspectos específicos que por su carácter técnico y en muchas ocasiones dinámico no cabe encontrar en la regulación legal o en el desarrollo reglamentario, en su caso, de la LOPD.

Bien es cierto, en cualquier caso, que la indeterminación aludida ha sido aceptada por la Audiencia Nacional, que en un nuevo esfuerzo jurisprudencial por hacer primar consideraciones de tipo eminentemente pragmático, respalda la actuación sancionadora de la Agencia sin oponer graves reparos al diseño de los tipos infractores en materia de protección de datos desde la perspectiva concreta del principio de legalidad[744].

742 Se refiere, en particular, a este protagonismo de la potestad sancionadora como único o principal medio de que dispone la Agencia para hacer efectivas las normas sobre protección de datos, A. HUERGO LORA, "Peculiaridades de la potestad sancionadora en materia de protección de datos", en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 150 y ss. También M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 418 y ss., subraya la relevancia de la función de control de la Agencia y, en particular, de su potestad sancionadora, en cuanto es el más importante de los diferentes instrumentos de supervisión con que cuenta, jugando la potestad autorizatoria "en el cuadro de la LOPD un papel casi anecdótico".

743 E. GUICHOT REINA, "Protección de datos personales, potestad sancionadora", op. cit., p. 905, se refiere, en este sentido, a las "fórmulas demasiado genéricas y distinciones de difícil apreciación", mostrándose crítico con algunas formulaciones que por su generalidad y abstracción resultan "abiertamente cuestionables desde la óptica del principio de tipicidad". Más flexible y conciliador se muestra, en cambio, A. TRONCOSO REIGADA, "Las Agencias de Protección de Datos como Administración independiente", op. cit., p. 126, que entiende "muy útil" que la normativa a aplicar por la Agencia contenga cláusulas generales, "ya que esto permite el juicio adaptado al caso concreto". Independiente de su utilidad, no deja de resultar un sinsentido que una Administración independiente articulada para la defensa y garantía del derecho fundamental a la protección de datos pueda poner, a su vez, en riesgo otro derecho fundamental esencial, como es el de la legalidad en el ámbito sancionador, en su doble vertiente material y formal.

744 Son, en su mayor parte, remisiones a diversos principios y garantías cuya vulneración determinaría la existencia de la infracción. Se trata de una técnica legislativa "cuestionable" en opinión de E. CALVO ROJAS, "El régimen sancionador de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter

Y así, la Sentencia de 7 de noviembre de 2002 (JUR 25712) reconoce "cierto solapamiento o duplicidad" entre los tipos infractores recogidos en los apartados c) y d) del artículo 44.3 de la LOPD[745]. Es más, achaca las propias dudas de la Agencia en el caso de autos a esa "falta de una frontera nítida entre los mencionados tipos infractores", sin que extraiga, no obstante, mayores consecuencias desde la perspectiva de las exigencias derivadas del principio de legalidad, por cuanto la infracción por la que finalmente se sanciona aparecía recogida ya en la propuesta de resolución, "lo que supone que la entidad demandante tuvo en vía administrativa ocasión de formular alegaciones sobre esta calificación jurídica que fue la que finalmente prevaleció". Así las cosas, concluye que "no nos encontramos ante una anomalía procedimental a la que deba reconocerse relevancia invalidante por haber causado indefensión […]; y menos aún cabe aceptar que aquella modificación circunscrita al concreto apartado del tipo infractor –que no se olvide, ya figuraba en la propuesta de resolución– deba acarrear una declaración de nulidad de pleno derecho de la resolución sancionadora"[746].

Y, sin embargo, no cabe obviar el riesgo cierto que comporta esta forma de actuar de la Administración, que parece regirse, en última instancia, por las circunstancias del caso concreto para dilucidar el tipo finalmente aplicable entre las diversas descripciones que, parcialmente coincidentes, podrían dar cobertura a los hechos concretos. Se trata de una forma de proceder que, al margen de las conclusiones alcanzadas *supra* sobre el traslado al ámbito administrativo sancionador del principio de legalidad penal, supone, en realidad, una actuación administrativa sumamente casuística, que pone en riesgo no sólo las exigencias derivadas en sí mismas de la citada legalidad, sino incluso los principios de seguridad jurídica, igualdad y confianza legítima.

La reforma efectuada en fechas recientes por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha venido a paliar, en parte, la situación. La nueva redacción del artículo 44.3 c) constriñe aún más la tipificación de la conducta infractora al sustituir la genérica alusión anterior a la "conculcación de los principios y ga-

personal. El principio de proporcionalidad", en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 20, que la disculpa, no obstante, en cuanto no supone "una remisión a principios innominados y dispersos", ya que quedan debidamente acotados en el Título II de la LOPD.

745 La doctrina ha denunciado las ambigüedades e imprecisiones presentes en la tipificación concreta de las infracciones en materia de protección de datos, señalando los riesgos de solapamiento y concurrencia entre tipos diversos, así como las dificultades a que aboca para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Agencia desde la perspectiva concreta del principio de proporcionalidad. Vid., entre otros, E. CALVO ROJAS, "El régimen sancionador de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. El principio de proporcionalidad", op. cit., pp. 19 y ss.; o, E. GUICHOT REINA, "Protección de datos personales, potestad sancionadora", op. cit., pp. 51 y ss.

746 Fundamento de derecho segundo.

rantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo" por la referencia explícita a la conculcación de los principios y garantías definidos por el artículo 4 de la LOPD y las disposiciones que lo desarrollan.

Sigue siendo, pese a todo, muy fina la frontera entre algunos tipos infractores. Cabe plantear, en este sentido, dudas interpretativas acerca del alcance de algunas de las infracciones tipificadas por la Ley en relación con su artículo 44.3 c), dada la amplitud de su enunciado y su genérica remisión a los "principios y garantías" del artículo 4 de la LOPD, referido, en fin, a las exigencias derivadas del principio de la calidad de los datos y relacionado, por tanto, en buena medida, con la mayor parte de los derechos y obligaciones contemplados por el enunciado de la LOPD.

Una situación agravada, además, por una insuficiente e inadecuada regulación de la correlación entre comportamientos infractores y consecuencias sancionadoras. No quedaba clara en el enunciado de la LOPD la correspondencia infracción-sanción, en especial por lo que se refiere a la aplicabilidad de los criterios de atenuación a la sanción a imponer o de la posibilidad de reclasificación de las infracciones a efectos sancionadores que preveía el artículo 45.5 de la Ley. Todo ello desembocó, en fin, en tensiones indudables y en una más que dudosa aplicación del principio de proporcionalidad en materia de protección de datos[747]. La reforma efectuada, en este sentido, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, pretende solventar buena parte de estos inconvenientes e introduce novedades significativas al respecto.

Las sanciones continúan siendo exclusivamente económicas y de cuantía elevada. Se han retocado, no obstante, los umbrales que separan la sanción a imponer en función del tipo concreto de infracción de que se trate, de forma que ahora las infracciones leves son sancionadas con multas inferiores a las vigentes hasta hace muy poco tiempo. Frente a la horquilla anterior de 601,01 a 60.101,21 euros (de 100.000 a 10.000.000 de pesetas), la nueva redacción del artículo 45.1 de la LOPD sanciona las infracciones leves con multa de 900 a 40.000 euros. Baja, por tanto, también el umbral mínimo aplicable a las sanciones graves, a las que corresponde multa de 40.001 a 300.000 euros, manteniéndose, en cambio, prácticamente igual la multa aplicable a las infracciones muy graves, de 300.001 a 600.000 euros.

[747] Sobre las dificultades planteadas por los elementos flexibilizadores del sistema sancionador diseñado por la LOPD, vid. E. GUICHOT REINA, "Protección de datos personales, potestad sancionadora", op. cit., pp. 905 y ss. Para M. VIZCAÍNO CALDERÓN, *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal*, op. cit., pp. 447 y ss., la tensión es más aparente que real, sin que deba prevalecer la "apresurada" conclusión de que "una sanción millonaria es desproporcionada frente a determinados hechos puntuales y hasta habituales", por cuanto "están en juego valores más profundos frente a eventuales comportamientos y agresiones que, desde el punto de vista técnico, pudieran no tener límite".

Mejora, asimismo, la redacción del apartado cuarto del artículo 45, relativo a los criterios de graduación de la cuantía de las sanciones. Es de agradecer el esfuerzo del legislador por dotar de mayor precisión y concreción a estos criterios, especificándolos y sistematizándolos en diez apartados que pretenden recoger, de la forma más objetiva y aséptica posible, aquellas circunstancias susceptibles de influir en la determinación de la sanción correspondiente. Destaca la inclusión, en tal sentido, de nuevos criterios como el carácter continuado de la infracción, la vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad o la acreditación de que con anterioridad a la infracción la entidad responsable tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la materia, siendo la actividad infractora consecuencia de una anomalía en su funcionamiento no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.

Resulta, asimismo, un acierto indudable el esfuerzo por objetivar los supuestos concretos que habrán de permitir al órgano sancionador establecer la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate[748], frente al vago enunciado de la redacción anterior del artículo 45.5, que se limitaba a referirse tan sólo a las "circunstancias concurrentes".

Llama la atención el esfuerzo realizado por el legislador para concretar de forma más detallada tanto las circunstancias que habrán de servir para graduar la posible sanción como los supuestos que habrían de permitir su atenuación incluso hasta el punto de aplicar la prevista para las infracciones de la categoría inmediatamente anterior en gravedad a la cometida. Ambas previsiones, unidas a la incorporación de un nuevo apartado sexto en el artículo 45 de la LOPD, en el que se recoge la posibilidad de que la Agencia pueda, en determinados casos, no acordar la aper-

[748] De esta forma, dispone el artículo 45.5 de la LOPD en su nueva redacción:

«El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente».

tura del procedimiento sancionador, sustituyendo la posible sanción por un mero apercibimiento[749], parecen situarnos ante un cambio de actitud del legislador.

En lugar de incidir e insistir en el ejercicio de la potestad sancionadora como instrumento fundamental de supervisión y control para la protección de datos, se abre una nueva línea de atemperación o flexibilidad que, en aras de una mejora en la vertiente preventiva de la materia, sacrifica la rigurosidad en la aplicación de la potestad administrativa sancionadora en sus últimas consecuencias y ampara la actuación casuística de la Agencia, adaptada a las circunstancias concretas de cada caso particular, que había sido objeto de críticas en el pasado por la escasa concreción y excesiva vaguedad de su cobertura legal en la LOPD[750].

Destaca, en cualquier caso, la atribución al órgano sancionador por la LOPD de la potestad de inmovilización de ficheros a que se refiere su artículo 49. No se trata de una sanción en sentido estricto, sino de una posibilidad al alcance de la Agencia, aneja a la sanción de infracciones graves o muy graves, "en que la persistencia en el tratamiento de los datos de carácter personal o su comunicación o transferencia internacional posterior pudiera suponer un grave menoscabo de los derechos fundamentales de los afectados y en particular de su derecho a la protección de datos de carácter personal". En estos casos, además de ejercer la potestad sancionadora, se podrá requerir a los responsables de ficheros de datos de carácter personal, tanto de titularidad pública como privada, para que cesen en la utilización o cesión ilícita de los datos. Caso de ser desatendida la petición de la Agencia, el órgano sancionador podrá inmovilizar los ficheros si bien "a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas"[751].

---

[749] Establece el nuevo apartado sexto del artículo 45:

«Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento».

A. PACHECO CIFUENTES, "La esperada reforma del régimen sancionador de la LOPD en la Ley de Economía Sostenible", op. cit., se muestra crítico con la excepcionalidad con que se contempla y con que su aplicación quede "al arbitrio de la Agencia Española de Protección de Datos".

[750] Pese a todo, A. PACHECO CIFUENTES, "La esperada reforma del régimen sancionador de la LOPD en la Ley de Economía Sostenible", op. cit., entiende que "sigue siendo un régimen sancionador absolutamente desmadrado, fuera de órbita".

[751] La posible inmovilización de ficheros de datos, que ha de ser necesariamente motivada, se ha extendido desde la reforma efectuada en la LOPD por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, a las

Ahora bien, la reforma del régimen sancionador en materia de protección de datos efectuada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, no alcanza, sin embargo, a uno de sus puntos más polémicos, esto es, la divergencia en la aplicación del procedimiento y en las consecuencias últimas derivadas de un incumplimiento o infracción en materia de protección de datos en función de la naturaleza, pública o privada, del titular del fichero correspondiente.

Si el titular del fichero es privado, corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos la iniciación, instrucción y resolución del correspondiente procedimiento sancionador, conforme a lo dispuesto no sólo en la propia LOPD, sino, en particular, por los artículos 120 y siguientes del RLOPD. La misma LOPD introduce, no obstante, importantes modulaciones para el caso de que este titular fuera público, desviaciones que suponen, en última instancia, un trato de favor, un tanto sorprendente y difícilmente justificable, a las Administraciones Públicas[752].

Y es que las sanciones interadministrativas en materia de protección de datos no existen *stricto sensu*. Cuando las infracciones tipificadas por la LOPD fueran cometidas en ficheros de titularidad pública o en relación con tratamientos de datos cuyos responsables lo serían de ficheros de dicha naturaleza, la Agencia se limitará a dictar la oportuna resolución en la que detallará las medidas que proceda adoptar e implementar para cesar o corregir los efectos derivados de la infracción, notificándola al responsable del fichero, al órgano del que dependa jerárquicamente y, si los hubiera, a los afectados por la infracción[753].

---

infracciones graves, frente a la regulación anterior que tan sólo la contemplaba para el supuesto de las infracciones muy graves.

[752] Se muestra crítico con este trato privilegiado, E. CALVO ROJAS, "El régimen sancionador de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. El principio de proporcionalidad", op. cit., p. 29, para quien "no deriva de una exigencia constitucional ni es consustancial al juego de las relaciones inter-administrativas y, de hecho, no existe esa misma cautela o deferencia en otros ámbito de la acción administrativa", por lo que todo parece indicar que "el legislador ha sido consciente de que el incumplimiento era (y es) masivo en este ámbito". Igualmente crítico con la regulación que se ha hecho de la potestad sancionadora de la Agencia en relación con la Administración, X. MURO i BAS, "La Agencia de Protección de Datos", op. cit., p. 419, "por su escasa claridad" e "injustificada diferenciación respecto a los actos ilícitos de los particulares".

[753] E. GUICHOT REINA, "Protección de datos personales, potestad sancionadora", op. cit., pp. 72 y ss., se plantea incluso si no supone un incumplimiento del Derecho comunitario, y reconduce a seis los interrogantes fundamentales planteados por las infracciones cometidas en materia de protección de datos por Administraciones Públicas, en particular, cuál sea la razón de ser de esta exclusión, cuál haya de ser el proceder de la Agencia cuando detecte una posible infracción, cuál es el grado de vinculatoriedad del requerimiento de cese y las medidas correctoras declaradas por la Agencia, cuál sea el grado de vinculación que ejerce sobre el superior jerárquico del órgano responsable de la infracción la instancia de la Agencia a ejercer la potestad disciplinaria, cómo ha de ejercerse en estos casos la potestad disciplinaria y cuál sea, en fin, el régimen sancionador aplicable a los incumplimientos imputables a sujetos privados encargados de tratamientos en ficheros públicos.

No cabe sanción alguna de la Agencia al margen de esta resolución, si bien el órgano sancionador tiene la facultad de proponer también la iniciación de las actuaciones disciplinarias que pudieran proceder, sujetándose, eso sí, tanto el procedimiento como las sanciones a imponer, en su caso, a la legislación sobre régimen disciplinario de las Administraciones Públicas e imponiéndose a la Administración correspondiente la obligación de comunicar a la Agencia las resoluciones que pudieran recaer en relación con las medidas y actuaciones adoptadas al respecto.

3. Fundamento y justificación de la potestad sancionadora institucional.

Al igual que en el supuesto abordado *infra* de las sanciones impuestas por la Administración corporativa, señaladamente, los colegios profesionales, el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración institucional y, en especial, de las Administraciones independientes ha planteado dudas acerca de su concreto título habilitante[754].

Un interrogante al que se ha enfrentado, en particular, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 386/1993, de 23 de diciembre, ante la impugnación de la atribución de la potestad sancionadora al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, organismo autónomo adscrito en aquel momento al Ministerio de Economía y Hacienda, para defender que "el legislador es libre de otorgar la potestad sancionadora a un ente público", acudiendo a continuación, sin embargo, a la polémica categoría de las relaciones de sujeción especial para justificar tal decisión legislativa. La potestad sancionadora del Instituto se justificaría, en consecuencia, sobre la base "de los efectos que se otorgan a las auditorías y de la obligación legal de realizarlas", circunstancias de las que infiere el alto intérprete constitucional la más que discutible concurrencia en el supuesto debatido de una relación de sujeción especial[755].

Se trata, en cualquier caso, de una cuestión, la del fundamento o legitimidad última de la potestad sancionadora en manos de entes institucionales, planteada con especial virulencia en algunos ámbitos sectoriales concretos, así, por ejemplo, el del crédito. De los debates planteados al respecto y de la diversidad de títulos

[754] Cuestión a la que se alude en A. CASARES MARCOS, "Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes institucionales y corporativos", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 289 y ss., subrayando la dificultad de realizar un estudio general de la potestad sancionadora de la Administración institucional, en cuanto cabe afirmar que el número de categorías que integran la tipología de los entes institucionales es prácticamente tan elevado como el de entes instrumentales en sí considerados.

[755] FJ 5.

invocados al efecto cabe extraer alguna conclusión de interés en relación con el ejercicio institucional de la potestad sancionadora.

a) La relación especial de sujeción.

La relación especial de sujeción se erige en una construcción dogmática sumamente polémica, de aplicación, cuando menos, un tanto dudosa a la justificación y limitación del ejercicio de la potestad sancionadora confiada a la Administración institucional. Su invocación habría de permitir a la jurisprudencia, no obstante, legitimar en su momento la actividad sancionadora de los entes instrumentales, manteniendo, aún cuando sólo fuese sobre el papel y de forma un tanto testimonial, el delicado equilibrio existente en la materia con el principio constitucional de legalidad aplicable al Derecho Administrativo sancionador.

No en vano, si hay una nota que caracteriza la regulación aplicable al ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito institucional es, precisamente, como se ha destacado *supra*, la de su fragmentación y consiguiente dispersión normativa. La proliferación en este ámbito de normas de rango reglamentario de procedencia diversa, la regulación de muchos de los deberes, obligaciones y requisitos a cumplir, en definitiva, por terceros en normas reglamentarias dictadas por los propios entes institucionales y, en particular, por Administraciones independientes, ponen, qué duda cabe, en un serio aprieto a los Tribunales a la hora de aplicar a su actuación sancionadora los principios consagrados a este respecto por la Constitución de 1978[756].

Y es que la observancia estricta en este ámbito del principio de legalidad que sanciona el artículo 25 de la Constitución, habría supuesto un duro revés al sistema preconstitucional de intervención, supervisión y disciplina administrativa articulado al efecto en múltiples ámbitos sectoriales. De ahí la temprana búsqueda por parte del Tribunal Supremo de un título habilitante que permitiera afianzar, en defensa del interés general, los extraordinarios poderes de intervención que corresponden, en múltiples ocasiones, a entes institucionales, excepcionando hasta cierto punto las exigencias implícitas en el precepto constitucional citado a fin de

[756] Cabe recordar a estos efectos, por ejemplo, la controversia doctrinal surgida en torno al significado normativo de las Circulares del Banco de España, condensada en sendos artículos de R. PARADA VÁZQUEZ, "Valor jurídico de la Circular", *RDBB*, núm. 2, abril-junio 1981, pp. 311 y ss., y, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Los poderes normativos del Banco de España", op. cit., pp. 7 y ss.

dar paso, en última instancia, a un cierto relajamiento de la garantía formal que tal precepto impone en materia sancionadora[757].

Se explica así el razonamiento que acoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1985 (Ar. 818) respecto a la potestad sancionadora del Banco de España[758], cuando afirma que "merece especial atención el incumplimiento de Circulares, instrucciones y requerimientos procedentes del Banco de España en el caso presente, pues la recurrente argumenta en base a hipotética falta de tipicidad de las infracciones sancionadas sin tener en cuenta que en la relación con la Administración hay que distinguir la de los administrados en general y las de aquellas personas individuales o jurídicas que están vinculadas a ella por una especial relación jurídica que la doctrina califica de dominación, procedente de un vínculo como el de los funcionarios, el de los concesionarios de servicios u obras o de otra clase como ocurre precisamente con la relación de banqueros que han de inscribirse en un Registro especial sin cuya inscripción no pueden operar, inscripción que las somete a la inspección y vigilancia del Banco de España cuya actuación de este expediente está respaldada por la Administración al aceptar la propuesta de sanción"[759].

Una idea en la que profundiza, haciéndose eco, a continuación, de la admisión doctrinal del "poder sancionador de la Administración en relación con la denominada autotutela de las relaciones especiales", para concluir que "cuando la sanción consiste en dar por terminada la situación de concesión o autorización previamente concedida por la Administración no puede hablarse de confiscación como se pretende por la recurrente, pues la disolución es la consecuencia ineludible de la exclusión del Registro especial de banqueros exigible legalmente para

757 R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, op. cit., pp. 224 y ss., afirma, en este sentido, que el Tribunal Supremo utiliza el concepto de las relaciones de especial sujeción para "ablandar el principio de legalidad". También E. MALARET i GARCÍA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas, Madrid, 1991, p. 399, subraya el empleo de la categoría para "atemperar e incluso excluir el juego del principio de reserva de ley en determinadas esferas", tras un proceso conceptual desarrollado *ex post* en el que "se trataba de justificar *a posteriori* una actuación administrativa". En idéntico sentido, P. GONZÁLEZ TOBARRA y J. R. JIMÉNEZ CARBAJO, "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", op. cit., pp. 128 y ss.

758 No en vano, como afirma M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., p. 374, el bancario es "un sector paradigmático de la supervisión y particularmente problemático en cuanto a la cobertura legal de la actuación administrativa", por lo que "ha sido objeto de importantes decisiones jurisdiccionales y de una mayor atención doctrinal en este sentido".

759 Considerando octavo. El Tribunal Supremo acude así de nuevo a la categoría de la relación de sujeción especial, tras haberse referido a ella en su Sentencia de 11 de mayo de 1982 (Ar. 3324), en la que justifica la imposición a las entidades de crédito de obligaciones de vigilancia y seguridad mediante un reglamento independiente que incide, como reconoce la propia Sentencia, en "el área del patrimonio de los bancos y de la libertad de actuación industrial", en virtud "de aquella íntima relación, la que, en definitiva, se traduce en una de supremacía especial de la Administración respecto a esa acotada parte de sus administrados –la Banca privada–, que legitima el ejercicio de la potestad reglamentaria en su campo organizatorio propio al que ya han sido arrastradas tales personas jurídicas por esa sujeción de especial intensidad" (considerando segundo).

iniciar dicho oficio, siempre bajo la vigilancia del Banco de España, lo que implica como ya se expuso la aceptación de una normativa específica para el ejercicio de su actividad en el ramo"[760].

En su empeño por encontrar un título que justificara la intervención más cualificada del Banco de España, en cuanto Administración independiente, en el ámbito particular de los intermediarios financieros, el Tribunal Supremo conducirá, en última instancia, a un cierto confusionismo en su propio razonamiento. Junto a las "relaciones especiales de poder", el alto Tribunal empleará otros conceptos de alcance o contenido diverso y difuso. La Sentencia cita así los "ámbitos de autoprotección administrativa", los "ordenamientos especiales en que se ingresa voluntariamente" o las "esferas específicas de intervención administrativa ordenadas por la Ley respecto de determinadas actividades necesitadas de especial protección y garantía". Utilizados indistintamente, servirán para justificar la relajación en el caso de autos del principio de legalidad y el consiguiente establecimiento de sanciones administrativas por una Administración independiente al amparo de una norma sin rango de ley[761].

Esta extensión de la relación especial de sujeción al sector particular del crédito, reiterada posteriormente en otras Sentencias tanto de la Audiencia Nacional como del propio Tribunal Supremo, fue muy criticada y fuertemente contestada en el ámbito doctrinal, fundamentalmente por la lejanía de esta teoría, que había nacido en el ámbito de la disciplina militar y funcionarial, respecto de las entidades de crédito[762]. Y así, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se hará eco, entre otros muchos, de la "precariedad teórica" de la construcción, una objeción que considera, por otra parte, "bien evidente"[763].

Y, sin embargo, pese a las críticas, la Audiencia Nacional acudirá de nuevo a los pocos meses a la doctrina de las relaciones de sujeción especial en una Sentencia relativa también al ámbito crediticio, atinente, en el caso de autos, a la legalidad de la sanción impuesta a uno de los dirigentes de una entidad de crédito.

760 Considerando noveno.

761 En idéntico sentido, I. LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, op. cit., pp. 319 y ss.

762 M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, op. cit., p. 239, subraya cómo el sector bancario ha sido, en este sentido, uno de los sectores preferidos por la jurisprudencia para "teorizar" sobre las relaciones especiales de sujeción.

763 T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis", op. cit., p. 19. En sentido similar, J. SUAY RINCÓN, "Alcance del principio de legalidad en materia sancionadora y su eficacia en el ámbito del crédito", op. cit., p. 399.

Fechada a 1 de julio de 1985, asume la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero. Sostiene que el sentido extenso de la expresión "legislación vigente" empleada por el artículo 25 de la Constitución, "permite sin duda distinguir en la dilatada y compleja gama de las sanciones administrativas aquellas que, por establecerse en relaciones generales de poder Administración-ciudadanos, exigen por evidente analogía con las sanciones penales unos requisitos legales análogos a éstas como consecuencia de principios comunes al derecho sancionador general, de aquellas otras variadas en que las sanciones se producen como consecuencia de infracciones en ciertas relaciones especiales de poder, ámbitos de autoprotección administrativa, ordenamientos especiales en que se ingresa voluntariamente como consecuencia de ciertas ventajas, esferas específicas de intervención administrativa ordenadas por la Ley respecto de determinadas actividades necesitadas de especial protección y garantía, etc., en cuyos supuestos, partiéndose sin duda del principio de legalidad que exige que sea la ley quien otorgue la autorización sancionatoria y determine sus principios generales (competencia, alcance, naturaleza y gravedad de las sanciones, v. gr.), permite también la delegación legislativa para la tipificación de las infracciones, la graduación de las sanciones, etc."[764].

El propio Tribunal Supremo tuvo la ocasión de referirse de nuevo a esta doctrina, que late en el fondo de las Sentencias de 14 de mayo de 1986 (Ar. 2373), relativa a la revocación de la autorización administrativa de creación del Banco del País, S. A. y su consiguiente baja en el Registro de Bancos y Banqueros, y de 7 de octubre de 1988 (Ar. 7771), concerniente a la sanción de varios miembros del Consejo Rector de la Caja Rural Provincial de Baleares con la destitución y su inhabilitación para el desempeño de funciones iguales o similares en cualquier establecimiento de crédito.

Esta última afirma de forma expresa que "no existe equiparación posible entre la potestad sancionadora gubernativa y la disciplinaria en el marco de las Cajas Rurales, por las distintas relaciones de poder que engendran unas y otras, generales las primeras con indeterminación de los eventuales infractores y especiales las segundas en cuanto sólo pueden afectar a una minoría de personas concretas, unidas entre sí por determinados vínculos jurídicos, a los que una pérdida de confianza por hechos u omisiones gravemente perturbadores en la gestión de los intereses comunes, les afecta en su propia razón de ser, permitiendo la segregación de aquellos miembros responsables de tales conductas, mediante medidas de autoprotección, excluidas del régimen de reserva de ley"[765].

[764] Considerando quinto.

[765] Fundamento de derecho tercero.

El problema no está tanto en la admisibilidad de la construcción, como en la determinación del tipo e intensidad de las limitaciones que permitiría imponer a los sujetos vinculados por ella[766] y, sobre todo, en la verificación de su ámbito de aplicación o, dicho de otro modo, de los supuestos en que cabría apreciar la existencia de tal relación especial, por cuanto no cabe duda que, por las razones ya aludidas *supra* al analizar las modulaciones más significativas de la reserva de ley en materia sancionadora, la teoría de la relación especial de sujeción debiera estar restringida, como lo estuvo en sus orígenes, al ámbito exclusivo de las relaciones internas de la Administración[767].

En cualquier caso, son palmarias las razones que obligan a excluir la relación de ciudadanos y empresas con los entes instrumentales de la Administración y el ejercicio por parte de estos últimos de la potestad administrativa sancionatoria del ámbito de aplicación de las relaciones especiales de sujeción. El pronunciamiento que contiene en este sentido la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1985 (Ar. 818) no puede ser más desafortunado, razón por la que debe ser interpretado restrictivamente y a la luz de las circunstancias concretas que dieron lugar a su alumbramiento[768].

b) El ordenamiento sectorial.

Las críticas doctrinales vertidas a la expansión incontrolada de la categoría de las relaciones de sujeción especial motivaron que la línea jurisprudencial establecida en la Sentencia de 18 de febrero de 1985 (Ar. 818) para justificar y fundar el ejercicio de la potestad sancionadora de los entes instrumentales se viera progresivamente superada. Por lo que se refiere, en particular, al ámbito sectorial del cré-

[766] Conviene recordar, a estos efectos, que el propio Tribunal Constitucional ha procurado restringir el alcance de la flexibilización de las exigencias formales del principio de legalidad en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, haciendo hincapié en que "incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución". Destacan, en este sentido, entre otras, las Sentencias 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; y, 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8.

[767] Así lo reivindica, entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Significado general del Anteproyecto de Ley sobre Vigilancia y Supervisión de Entidades Financieras", *RDBB*, núm. 28, octubre-diciembre 1987, p. 703. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 792, concluye, no sin cierta ironía, que su expansión incontrolada es inadmisible, por cuanto "resultaría que las relaciones especiales constituirían la regla general, y la relación general, la excepción".

[768] Por cuanto, como ha destacado J. Mª. MICHAVILA NÚÑEZ, "«Relación especial de sujeción» en el sector crediticio y Estado de Derecho", *REDA*, núm. 54, abril-junio 1987, pp. 245 y ss., esta Sentencia y las posteriores que la secundan no son sino resoluciones individualizadas, forzadas por la necesidad de paliar *ad hoc* las deficiencias del entonces vigente ordenamiento jurídico del crédito y de las circunstancias concretas imperantes en las décadas de los setenta y ochenta en el sector bancario. Para M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., p. 375, estas decisiones no son fruto, en cualquier caso, de un necesario pragmatismo del Tribunal Supremo en casos extremos, "sino de su criticable comprensión de la institución de las relaciones de sujeción especial".

dito, en el que la potestad reglamentaria y sancionadora del Banco de España ha planteado numerosos e importantes conflictos a la jurisprudencia, la rectificación definitiva del desconcierto inaugurado por la citada Sentencia de 1985 pasa por acogerse a la doctrina de los ordenamientos seccionales o sectoriales[769].

No en vano, el sector del crédito se ha caracterizado a lo largo de su evolución por un proceso paulatino que partiendo de una autonomía inicial prácticamente absoluta, ha desembocado, finalmente, en una minuciosa intervención pública y en un férreo control de las entidades que lo integran. Y así, la confluencia en estas entidades de una naturaleza estrictamente privada y de elementos y objetivos de trascendencia indudablemente pública se comprendería, en última instancia, por su inclusión en un ordenamiento sectorial específico y propio, que justificaría su sujeción a una potestad cualificada de inspección, ordenación y sanción en manos de un ente institucional independiente como es el Banco de España[770].

La teoría de los ordenamientos sectoriales ofrecería, de esta forma, un sólido apoyo sobre el que asentar las razones, la necesidad y la intensidad de la intervención pública en las entidades de crédito, evitando, sin embargo, los inconvenientes propios de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción[771]. Su formulación y aplicación concreta al citado ámbito crediticio se debe, en particular, a la doctrina italiana y, específicamente, a GIANNINI, quien perfilaría y perfeccionaría sucesivamente su enunciado[772].

Y si bien es cierto que en un principio consideró la actividad crediticia como supuesto típico de ejercicio privado de funciones públicas, en consonancia con la línea doctrinal que abogaba por su identificación como servicio público[773], con posterioridad rectificará esta postura para defender que todas las entidades crediticias, sea cual sea su naturaleza, pública o privada, forman parte de un ordenamiento sectorial, de un *grupo sezionale*, integrado por normas que regulan las relaciones internas entre varios sujetos, así como las condiciones en que se ejercita

[769] Es más, para M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, op. cit., p. 157, no cabe duda que su confusión inicial con la teoría de la relación especial de sujeción explicaría la desmesurada ampliación de esta última.

[770] En idéntico sentido, desde la perspectiva particular de la aplicación de esta teoría del ordenamiento sectorial al mercado bursátil, M. FUERTES LÓPEZ, *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, op. cit., pp. 64 y ss.

[771] C. ALBIÑANA CILVETI y J. SUAY RINCÓN, "Comentario al artículo 25", en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, CECA, Madrid, 1991, pp. 98 y ss.

[772] M. S. GIANNINI, "Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia", *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Volumen II, Cedam, Padova, 1940, pp. 713 y ss.

[773] M. S. GIANNINI, "Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia", op. cit., pp. 721 y ss.

su actividad. Subraya el autor como rasgo esencial de este tipo de ordenamiento, la existencia en su vértice o cúspide de un poder público, es decir, de un órgano del Estado, un ente público o *altra figura soggettiva pubblica* de la que emanan, en definitiva, las disposiciones a las que se deben ajustar sus integrantes, y cuyo incumplimiento puede dar lugar, en última instancia, a sanción.

Está limitado, por tanto, a sujetos que desarrollan una actividad determinada y concreta, siendo además un ordenamiento particular, en cuanto que está presidido por un objetivo final específico y no por uno de carácter general. Es asimismo derivado, en la medida en que su constitución, modificación y supresión depende tan sólo de la voluntad del legislador, y, en fin, normativamente atípico, puesto que su regulación interna es una suma de pronunciamientos normativos del Estado, ya sean de rango legal o reglamentario, y de normas de obligado cumplimiento derivadas del poder público que dirige y supervisa el ordenamiento sectorial en su conjunto[774].

Caracterizado por una base económica identificable y por el interés público de las actividades empresariales implicadas, el ordenamiento sectorial exige siempre un pronunciamiento administrativo inicial que autorice su ejercicio y que integre al sujeto en su seno, lo que implica, además, la sujeción del mismo a los poderes normativos internos, poderes de dirección y de ordenación, así como de control, preventivos y represivos, que corresponden a su organización[775]. Justifica, en definitiva, la existencia de unos poderes públicos de disciplina e intervención más cualificados e intensos en estos sectores que en otros que caen fuera del ámbito de un ordenamiento de tales rasgos.

Cabría apreciar la recepción en nuestro ordenamiento jurídico de la teoría del ordenamiento sectorial en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito (en adelante, LDIEC). Su Exposición de motivos recoge la necesidad de un control cualificado en el marco del crédito, afirmando "la absoluta necesidad de someter las Entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, en general mucho más intenso que el que soporta

[774] M. S. GIANNINI, "Istituti di Credito e servizi di interesse pubblico", *Moneta e Credito*, núm. 1, 1949, pp. 111 y ss., entiende que no es obstáculo para la afirmación de este ordenamiento sectorial, el hecho de que pueda estar integrado por entidades de naturaleza pública o privada. En cuanto a los elementos mínimos para apreciar la existencia de un ordenamiento de estas características, vuelve sobre ellos y los trata en profundidad en M. S. GIANNINI, "Gli elementi degli ordinamenti giuridici", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 2, 1958, pp. 226 y ss., en donde destaca la importancia fundamental de la organización y de la normativa interna que deriva del ordenamiento sectorial.

[775] Vid. M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 165 y ss.; y su segunda edición, traducida al castellano por L. ORTEGA ÁLVAREZ, bajo el título *Derecho Administrativo*, Tomo I, MAP, Madrid, 1991, pp. 181 y ss.; así como la obra del mismo autor, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 201 y ss.

la mayoría de los restantes sectores económicos", vinculando la eficacia de las normas a "la existencia de unas facultades coercitivas suficientes en manos de las autoridades supervisoras de las entidades financieras, cuyo desarrollo, a través de un régimen adecuado de sanciones administrativas, debe cerrar el sistema regulador".

Su artículo 1.2 delimita el concepto de entidad de crédito sometida a las potestades de control, supervisión, disciplina e intervención que establece el texto legal, definiendo además, en su párrafo 5, lo que debe entenderse por "normas de ordenación y disciplina". Se da cabida así a una normativa interna propia y exclusiva del sector crediticio, la derivada, en fin, de las Circulares y disposiciones dictadas por el Banco de España[776], afianzada definitivamente en la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, que subraya el papel director que corresponde a este último[777].

La LDIEC somete, en realidad, por vez primera a todas las entidades de crédito a un régimen común de supervisión y control[778], que no anula, bajo ningún concepto, la existencia de peculiaridades y diferencias organizativas entre unas y otras merecedoras de regulaciones específicas diversas, sin que la etiqueta de "ordenamiento sectorial" venga a conferirle mayor justificación o legitimación que la otorgada por la propia regulación del legislador.

El valor actual de la doctrina citada radica, al menos para el ámbito crediticio, no tanto en esa supuesta matización o exclusión, incluso, del principio de legalidad a que podría llevar en última instancia en materia sancionadora, sino en la articulación de una explicación plausible para una realidad incontestable, en definitiva, la acentuada intervención y supervisión pública en un ámbito sectorial concreto y

776 Dispone el artículo 1.5 que "se consideran normas de ordenación y disciplina las leyes y disposiciones administrativas de carácter general que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito y de obligada observancia para las mismas. Entre tales disposiciones se entenderán comprendidas tanto las aprobadas por órganos del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en la materia, como las Circulares aprobadas por el Banco de España, en los términos previstos en esta Ley".

777 El artículo 3.1 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, dispone que "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.3 el Banco de España podrá dictar las normas precisas para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 7.3 desarrolladas en la Sección 1ª y el artículo 15 del Capítulo II de esta Ley, que se denominarán «Circulares monetarias». Asimismo, para el adecuado ejercicio del resto de sus competencias podrá dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Tales disposiciones se llamarán «Circulares»".

778 Así lo sostiene F. SÁNCHEZ CALERO, "La delimitación de la figura de «entidad de crédito» y la de otros sujetos", *RDBB*, núm. 28, octubre-diciembre 1987, p. 717. Una tendencia en la que incide también la regulación posterior del Banco de España, tal y como subrayan Mª. J. TRUJILLO, *La potestad normativa del Banco de España. El régimen dual establecido en la Ley de Autonomía*, Banco de España, Madrid, 1995, pp. 34 y ss.; y, L. POMED SÁNCHEZ, "Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su Reglamento interno", *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre 1997, pp. 682 y ss.

sobre entidades exclusivamente privadas, lo que se traduce, en muchas ocasiones, en la inspección, ordenación y orientación general de su actividad[779].

De esta forma, el fugaz éxito de que disfrutó en su momento la conceptualización del ámbito crediticio como ordenamiento sectorial ha radicado en que ofrecía una explicación suficiente de la relación existente entre las entidades de crédito y la Administración competente, concretamente el Banco de España, e incluso entre aquéllas mismas[780], así como de la intensidad, en última instancia, de las facultades administrativas de supervisión, control, disciplina y sanción que se han incorporado a este ámbito[781].

c) Conclusión.

El ejercicio de la potestad administrativa sancionadora por parte de entes institucionales ha llevado, en líneas generales, a una cierta flexibilización, cuando no anulación, de las garantías exigidas por el traslado al Derecho administrativo sancionador de los principios vigentes en el ámbito penal, en especial, del principio de legalidad en sus dos vertientes, formal o de reserva de ley y material o de tipicidad.

En este sentido, la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como, con posterioridad, del Tribunal Constitucional, se ha esforzado, en pro de la eficacia administrativa y de un cierto pragmatismo fundado en la propia realidad del funcionamiento cotidiano de las Administraciones institucionales, en particular, de las independientes, en dar con el título que justificara semejante relajación y, por ende, la correlativa disminución de las más elementales precauciones constitucio-

779 En este sentido, sobre la aplicación de la teoría de los ordenamientos sectoriales al ámbito particular del crédito, M. FRANCH I SAGUER, *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Civitas, Madrid, 1992, p. 417; y, E. MALARET i GARCÍA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, op. cit., p. 405. Se trata, en cualquier caso, de una estructura matizada y afectada por el Derecho comunitario, que ha fracturado la estructura de grupo organizado bajo el control del Banco de España, como subraya M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 386 y ss.

780 T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis", op. cit., p. 20.

781 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Significado general del Anteproyecto de Ley sobre Vigilancia y Supervisión de Entidades Financieras", op. cit., p. 704, subraya como "en muchos sectores de la economía existen intervenciones administrativas, hay ordenamientos sectoriales, como con un tecnicismo un poco pedante solemos decir los administrativistas, [...] ordenaciones que regulan la actividad en el sector y que definen determinadas potestades administrativas de intervención, de estímulo, de subvención, de control, sancionatorio también". En idéntico sentido, M. ARAGÓN REYES, R. GARCÍA VILLAVERDE y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *El Régimen Jurídico de las Cajas de Ahorros*, Caja de Madrid, Madrid, 1991, pp. 518 y ss.

nales en el ejercicio de las potestades administrativas reglamentaria y sancionadora por parte de entes instrumentales[782].

No cabe duda que, pese a la virtualidad que pudieron tener en su momento las categorías de la relación jurídica de sujeción especial o del ordenamiento sectorial, en cuanto justificativas y legitimadoras de una intervención pública cualificada en ciertos ámbitos sectoriales, hoy día son insuficientes y, por tanto, absolutamente inadecuadas como apoyatura para el ejercicio de la potestad sancionadora institucional.

Es más, conviene plantearse si no sea del todo irrelevante la búsqueda de un título de estas características, todo caso que el poder sancionatorio no es consustancial a la propia existencia y alumbramiento de la entidad institucional, sino tan sólo una potestad administrativa más de la que disponen en ciertos casos, dependiendo de su articulación y encaje concreto en la compleja tipología de los entes instrumentales y de lo dispuesto a estos efectos, en última instancia, por su Ley creadora y correspondiente norma estatutaria[783].

A estos efectos, la legitimación de las sanciones impuestas por los organismos públicos radica, en fin, en el reconocimiento constitucional de la potestad administrativa sancionadora, en su concreción posterior en el enunciado de la LRJAP y PAC, que amplía su titularidad más allá de las Administraciones territoriales *stricto sensu* para alcanzar a las Administraciones Públicas de naturaleza meramente instrumental y, en última instancia, en sus propias leyes creadoras, que con su reconocimiento expreso las erigen legítimamente en titulares de la potestad administrativa sancionadora.

Es, por tanto, la propia Constitución la que legitima, en definitiva, la intervención pública sobre el interés general, siendo también nuestro texto constitucional el

[782] En idéntico sentido M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 368 y ss., para quien en el fondo de ambas construcciones, relaciones especiales de sujeción y ordenamientos sectoriales, "late la necesidad de dar respuesta a exigencias que la administración de ciertos sectores plantea, en relación con las cuales el utillaje tradicional del Derecho administrativo parece presentarse insuficiente y los principios constitucionales excesivamente rígidos".

[783] Y así, desde la perspectiva concreta del sector crediticio, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 140 y ss., sostiene la oportunidad de abandonar la construcción italiana del ordenamiento sectorial, muy útil en tiempos pasados ante la falta de apoyatura legal de determinados poderes del Banco de España, pero completamente innecesaria en el presente ante la "rotunda afirmación del principio de legalidad" que representa en este campo la LDIEC. Afirma que "es tan rotunda esta proclamación que ya no es necesario acudir a esta doctrina para cubrir determinados desfallecimientos de las normas, particularmente en lo que se refiere al poder reglamentario y al sancionador". También G. VALENCIA MARTÍN, "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", op. cit., p. 150, defiende la conveniencia de "indagar la existencia de otras razones que puedan justificar en cada caso una amplia colaboración reglamentaria".

que establece los límites concretos a esa injerencia pública[784]. La búsqueda jurisprudencial en el pasado de otros títulos habilitantes y legitimadores se ha debido no tanto a la necesidad de legitimar en sentido estricto su ejercicio como de justificar la modulación y relajación, en muchas ocasiones injustificada, de aquellos principios generales que, desde su sanción por el artículo 25 de la Constitución, han de pautar necesariamente el ejercicio de la potestad sancionadora por todas las Administraciones Públicas sin excepción.

Y así, no cabe sino concluir que aun cuando haya habido quizá en la construcción del Derecho Administrativo sancionador un uso abusivo de los principios[785], resulta apreciable también, sin lugar a dudas, por lo que se refiere al ámbito particular de las sanciones impuestas por los entes instrumentales de las Administraciones Públicas territoriales, un claro abuso derivado, en cambio, de su no aplicación o de su interpretación excesivamente restrictiva.

[784] Por todos, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva", *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 414 y ss. En esta misma línea se sitúa B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, op. cit., pp. 78 y ss., para quien "la reserva de ley, los derechos fundamentales y el control judicial" establecidos en el texto constitucional "no pueden perder su eficacia práctica", por lo que "si alguna modulación han de experimentar, es preferible que se produzca en virtud de intereses o bienes jurídicos claramente acogidos por la Constitución".

[785] Siguiendo en este punto a A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 42 y ss.

VI. LA POTESTAD SANCIONADORA CORPORATIVA

A) LA DIFÍCIL CATALOGACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO.

La personalidad jurídica se erige en requisito previo para la válida constitución y funcionamiento de un ente en el plano jurídico. Enlazando con la distinción abordada *supra*, al hilo del estudio de la compleja y variada tipología institucional, entre entes de base corporativa, de un lado, y entes de base fundacional o institucional, de otro, conviene recordar y subrayar en este punto, relativo a la potestad sancionadora de las corporaciones de derecho público, el diverso papel que corresponde, en definitiva, a los miembros pertenecientes a la corporación frente al que recae, en cambio, sobre el fundador de la institución.

No en vano, la persona jurídica corporativa está integrada por los titulares de los intereses a los que sirve el grupo y, por ende, la propia corporación. Intereses, en cualquier caso, comunes, no particulares de cada uno de sus miembros. De ahí, en definitiva, que corresponda a los propios miembros de la corporación organizar el ente e integrar, en fin, sus órganos de gobierno y representación[786].

Siguiendo la exposición efectuada a este respecto por García de Enterría y Fernández Rodríguez, "la corporación es, pues, un grupo de personas organizadas

[786] Es precisamente por ello que R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 296, sostiene que la Administración corporativa viene a constituir un "fenómeno de auténtica y verdadera descentralización funcional".

en el interés común de todas ellas y con la participación de las mismas en su administración. La institución es un conjunto de medios materiales y personales afectados por un fundador a la gestión de una finalidad por éste propuesta, finalidad que en todo caso remite a un interés que está situado fuera del ente, y cuya organización y funcionamiento quedan determinados por la voluntad del propio fundador. Del mismo modo, el sostenimiento económico de la corporación es asunto propio de los miembros (derramas, cuotas, contribuciones, aportaciones de capital), en tanto que en las instituciones es de nuevo el fundador el que provee a su sostenimiento"[787].

Esta distinción guía, en cualquier caso, la redacción de los artículos 35 y 37 de nuestro Código Civil. El primero, dedicado a la clasificación de las personas jurídicas, distingue, de un lado, entre las "corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley", cuya personalidad "empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas", y, de otro, las "asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados".

Profundiza en esta distinción el artículo 37 que, al referirse a la normativa reguladora de su capacidad, da una idea exacta de aquellos elementos que contribuyen a diferenciar, en última instancia, a corporaciones, asociaciones y fundaciones. Y así, mientras la capacidad civil corporativa "se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido", exigiendo, por tanto, un pronunciamiento expreso del legislador acerca de su válida constitución y funcionamiento, sin que la mera voluntad de sus miembros pueda considerarse suficiente, a estos efectos, para erigirse en auténtica corporación, la de las asociaciones se regirá "por sus estatutos", acordados de forma colectiva por sus miembros, y la de las fundaciones "por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario", esto es, por la voluntad de su fundador.

Queda clara, de esta forma, al menos en el plano teórico, la distinción entre la institución o fundación y la corporación. A ella se refiere, en particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1979 (Ar. 1098), que afirma, refiriéndose en el caso de autos al acuerdo de la Junta General ordinaria del Colegio Oficial

[787] E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 389. De esta forma, para L. COSCULLUELA MONTANER, "Nuevas tendencias en la regulación de las corporaciones de derecho público en el Derecho español", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, p. 349, cabe calificar a la institución o fundación de simple, por cuanto depende exclusivamente de la voluntad de su fundador, frente a la complejidad de la corporación, cuya voluntad es el resultado o la suma, en cambio, de la combinación de opiniones y voluntades de sus miembros.

de Arquitectos de Cataluña y Baleares de variar determinadas cantidades a satisfacer por los colegiados en concepto de cuotas y derechos de ingreso, que si bien los colegios oficialmente reconocidos "son corporaciones de derecho público, sin embargo nada autoriza para confundirles o identificarles con las entidades estatales autónomas que aun siendo como aquéllos «entes de Derecho público» con propia personalidad jurídica, sin embargo, son sus respectivos origen, naturaleza, estructura y fines a cumplir, los que les diferencia y separa, sin posibilidad alguna de confusión; y así, mientras que su origen las entidades paraestatales surgen por consecuencia del proceso de descentralización administrativo, y, concretamente, del de descentralización de servicios públicos respecto de los que las dichas entidades no son más que instrumentos para cumplirlos, lo cual explica que su creación se produzca mediante una ley; en cambio no ocurre lo mismo con los colegios oficiales profesionales, que en su origen operan intereses privados y gremiales que nada tienen que ver ni con la idea de descentralización administrativa, ni, aún menos, con la organización y realización de un servicio público, lo cual explica que los referidos colegios, al no serles reconocido por la Administración la cualidad de entidades estatales autónomas", quedasen excluidos de la clasificación legal realizada a este respecto por el ordenamiento jurídico entonces vigente; para sostener a continuación que "la misma estructura de ambos «entes públicos» los diferencia y separa, y así mientras los colegios oficiales poseen una estructura de base corporativa que hace que sean los mismos colegiados los que intervengan en la formación de la voluntad de la corporación, la cual una vez formada es totalmente independiente en sus determinaciones, no ocurre lo mismo en las entidades paraestatales, no sólo carentes de esa base estructural corporativa, sino también carentes de esa independencia de voluntad, subordinada o mediatizada por la de la Administración que las crea, diferencias éstas, que juntamente con los distintos fines característicos de unas y otras entidades hace que la vida y actuación de ellas esté regida por normativas totalmente distintas, constituidas, en los colegios por sus estatutos legalmente aprobados; y en las entidades paraestatales por la [entonces vigente] Ley de 26 de diciembre de 1958"[788].

Mayores problemas, plantea, en cambio, la definición *stricto sensu* de la corporación de derecho público y de sus caracteres propios y específicos, por cuanto se han cobijado tradicionalmente bajo esta etiqueta genérica realidades sumamente diversas y, a su vez, cambiantes[789].

[788] Considerando cuarto. Concluye el Tribunal que estos "distintos origen, naturaleza y estructura de unas y otras entidades públicas", se reflejan y llevan su "impronta diferenciativa a sus respectivos recursos económicos".

[789] Sostiene R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 298, que su extensión cuantitativa es, en este sentido, "muy fluctuante en base a las circunstancias políticas".

Cabe resaltar su base asociativa, como primera aproximación a su concepto y a la delimitación de su naturaleza jurídica, si bien con diferencias sustanciales que contribuyen a individualizar estas corporaciones respecto a las asociaciones privadas en sentido estricto. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en su Sentencia de 2 de enero de 1984 (Ar. 43). Enfrentado a la compleja cuestión de la admisibilidad de la posible coexistencia entre colegios y asociaciones profesionales, el alto Tribunal se muestra favorable a su convivencia, señalando las notas definitorias de ambas realidades y haciendo hincapié en que "responden a razones ontológicas y teleológicas perfectamente definidas y compatibles entre sí"[790].

Frente a los colegios, de naturaleza corporativa, que asocian obligatoriamente a sus miembros y a los que se confía el ejercicio de ciertas funciones y competencias públicas, las asociaciones profesionales son, en cambio, de composición voluntaria, de naturaleza estrictamente privada, sin que el ordenamiento les confíe objeto o finalidad alguna más allá de la decisión de sus propios miembros en un ámbito estrictamente privado, lo que se traduce, en definitiva, en un régimen jurídico de Derecho privado frente al propiamente mixto que resulta aplicable, por el contrario, a las corporaciones de derecho público[791].

Las corporaciones de derecho público, agrupadas tradicionalmente bajo la etiqueta de Administración corporativa, son así entes de base asociativa en los que la presencia de un interés público más amplio ha motivado, sin embargo, su consideración sucesiva como auténticas Administraciones Públicas incorporadas a la organización administrativa del Estado, como Administración *secundum quid*, en función de las facultades que ejerzan en cada momento[792], o, de forma algo más pacífica en los últimos tiempos, como entidades privadas que colaboran con la Administración en la satisfacción de un interés público ocupando en determinados momentos el lugar de la Administración Pública[793], sobre la base, en definiti-

[790] Considerando noveno.

[791] Vid. F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, op. cit., pp. 86 y ss. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, pp. 296 y ss., sintetiza los elementos de Derecho público que definen a la corporación y la distinguen de la asociación, sintetizándolos en cuatro, esto es, la asignación de fines públicos, su creación por acto de poder, la obligatoriedad de la pertenencia de sus miembros y su organización monopolística.

[792] Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972, pp. 35 y ss.

[793] Así, M. LÓPEZ BENÍTEZ y M. REBOLLO PUIG, "Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18º de la Constitución a entes no administrativos", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, p. 516.

va, de las funciones, competencias y potestades públicas que les ha encomendado, en este sentido, el legislador o delegado la propia Administración[794].

Una naturaleza polémica, sumamente debatida, en especial, a la luz del ordenamiento preconstitucional y del impacto de nuestra Carta Magna sobre la organización y el régimen jurídico corporativos, que ha planteado cuestiones e incógnitas sumamente diversas, tratadas desde hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia[795], sobre todo en relación a los colegios profesionales, y que ha desembocado, en última instancia, en la extensión del manto administrativo a la organización de la corporación y al ejercicio de sus facultades o potestades de mayor relevancia pública. No en vano, se encuentra a medio camino entre la organización propiamente administrativa y el sujeto privado, habiendo sido identificada por la doctrina como un supuesto singular de "hermafroditismo organizativo"[796].

La Constitución española de 1978 poco añade a efectos de la clarificación de la posición y naturaleza de la corporación de derecho público en cuanto persona jurídica. Tan sólo dedica dos preceptos de forma más o menos directa a esta cuestión, los artículos 36 y 52, sin que las corporaciones de derecho público aparezcan siquiera mencionadas entre los títulos competenciales recogidos por los artículos 148 y 149 del texto constitucional.

[794] Ofrece una síntesis de los tres grandes bloques en los que se divide la doctrina iuspublicista española al caracterizar y definir a las corporaciones de derecho público, esto es, la tesis tradicional que postula la integración de las corporaciones en la Administración institucional, como uno de los dos grandes tipos de personas jurídico-públicas que la componen, la posición doctrinal que las identifica como entes esencialmente privados y la tendencia doctrinal que las considera, en fin, personas jurídico-públicas no encuadradas en la organización estatal, F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, op. cit., pp. 72 y ss. En este sentido, sobre la polémica doctrinal relativa a la naturaleza de las corporaciones de derecho público, que arranca de la época preconstitucional, vid., por todos, G. ARIÑO ORTIZ, "Corporaciones profesionales y Administración Pública", *RAP*, núm. 72, septiembre-diciembre 1973, pp. 29 y ss.; *ídem*, "Naturaleza de las Cámaras de Comercio: notas a una polémica", *DA*, núm. 135, mayo-junio, 1970, pp. 11 y ss.; M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los Colegios Profesionales en el Derecho administrativo español*, Montecorvo, Madrid, 1968, pp. 40 y ss.; *ídem*, "Una primera aproximación a la nueva Ley de Colegios Profesionales", *RAP*, núm. 74, mayo-agosto 1974, pp. 56 y ss.; A. FANLO LORAS, *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 31 y ss., y, J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, *Naturaleza y caracteres de los colegios profesionales: notas para una Ley reguladora*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, pp. 15 y ss. Asimismo, sobre las diversas posturas doctrinales en torno al concepto de corporación en nuestro ordenamiento preconstitucional, vid. F. GARRIDO FALLA, "Corporación", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1953, pp. 753 y ss.

[795] Resumen su evolución histórica L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, pp. 313 y ss.; y, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, pp. 295 y ss. Con mayor profundidad, sobre el tratamiento de la naturaleza de las corporaciones de derecho público no sólo en la doctrina española sino por la jurisprudencia, vid. F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, op. cit., pp. 79 y ss.

[796] R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 295. Sobre la pluralidad de intereses afectados por la organización y funcionamiento de la corporación de derecho público y la insatisfacción con la opción de calificar su naturaleza jurídica jurídico-pública *secundum quid*, A. CASARES MARCOS, "Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes institucionales y corporativos", op. cit., pp. 298 y ss.

En cualquier caso, los artículos 36 y 52 no se refieren a la Administración corporativa en su conjunto, sino tan sólo a algunas manifestaciones concretas y singulares de este tipo de entidades corporativas. El primero de los preceptos citados se refiere, en particular, a los colegios profesionales. Reserva al legislador la regulación de "las peculiaridades propias" de su régimen jurídico, así como "el ejercicio de las profesiones tituladas", imponiendo, además, el carácter democrático de "la estructura interna y el funcionamiento" colegial.

El artículo 52 dispone, a su vez, que "la ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios", exigiendo, asimismo, que su "estructura interna y funcionamiento" sean democráticos. La expresión empleada por este enunciado constitucional resulta indudablemente ambigua, por no decir excesivamente vaga e indeterminada[797], si bien, al regularse de forma concreta y separada en otros artículos constitucionales diversos los sindicatos (artículos 7 y 28), las asociaciones empresariales (artículo 7) y los colegios profesionales (artículo 36), parece claro que no se refiere a estas entidades concretas, sino a cualquier otra organización, del tipo que sea, esto es, tanto asociativa como corporativa, que represente intereses económicos[798], y, en particular, a las diversas clases de Cámaras constituidas para el ejercicio profesional o la realización de una determinada actividad[799].

Pese al silencio constitucional y a la ausencia de cualquier calificación expresa en nuestra Carta Magna, más allá de lo dispuesto por estos preceptos, sobre la naturaleza de las corporaciones de derecho público[800], reviste especial interés desde la perspectiva particular de estas entidades, el artículo 149.1.18º de la Constitución, por cuanto el Tribunal Constitucional no ha vacilado en afirmar su extensión al ámbito corporativo, correspondiendo, en consecuencia, al Estado la determinación de la legislación básica aplicable a su organización y régimen jurídico[801].

[797] En idéntico sentido, J. M.ª MARTÍNEZ VAL, "Artículo 52. Organizaciones profesionales de defensa de los intereses económicos", en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, Tomo IV, p. 427, para quien la semántica empleada por el precepto resulta "equívoca y amplísima".

[798] L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 314.

[799] Así, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 303. El enunciado constitucional se correspondería de esta forma con la tradicional distinción, dentro de las corporaciones de derecho público, entre las que representan intereses económicos y las que representan intereses profesionales, a la que se refieren F. TEJEDOR JORGE y J. J. TORRES FERNÁNDEZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las corporaciones de derecho público", en J. DE FUENTES BARDAJI et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo I, p. 695.

[800] De "mutismo constitucional" habla Á. J. GALLEGO MORALES, *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, Comares, Granada, 1996, p. 31.

[801] Se trata de una "acertada interpretación extensiva" de lo dispuesto en el artículo 149.1.18º de la Constitución, en opinión de L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 315, conforme a la que deben incluirse entre las Administraciones Públicas a que se refiere este precepto constitucional no sólo las territoriales e institucionales, sino también las corporativas de base privada, tal y como se ha puesto de manifiesto en las Sentencias del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero; 32/1981, de 28 de junio; 76/1983, de 5 de agosto; o, 132/1989, de 18 de julio.

Así se desprende, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, recaída a consecuencia de los recursos previos de inconstitucionalidad dirigidos contra el proyecto de la LOAPA, en la que se afirma, a la vista de la regulación propuesta respecto a las corporaciones de derecho público en el proyectado artículo 21, que "aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, tales corporaciones participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas y, en este sentido, la constitución de sus órganos así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que con respecto a dichas corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 149.1.18º de la Constitución"[802].

Se trata, en cualquier caso, de una equiparación válida tan sólo a efectos meramente competenciales, esto es, a fin de determinar cómo han de repartirse las competencias entre el Estado y las Comunidad Autónomas en esta materia concreta, sin prejuzgar en absoluto el carácter público de las entidades corporativas ni implicar en caso alguno su encuadramiento en la estructura interna de la Administración[803].

Y así, la citada Sentencia resulta expresiva de su naturaleza privada, compatible, no obstante, con una relevante significación e interés público, al sentar el siguiente criterio: "El proyecto reconoce el aspecto privado de estas entidades al señalar que tendrán como función propia la prestación de servicios a sus miembros y la representación y defensa de sus intereses económicos y corporativos, pero al mismo tiempo, les confiere una dimensión pública al calificarlas como corporaciones de derecho público, imponer su constitución obligatoria, atribuirles el carácter de órganos de consulta y colaboración con la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas, someterlas a la tutela administrativa de estas últimas y reconocerlas la posibilidad de que ostenten competencias administrativas por atribución legal o por delegación de las Administraciones Públicas"[804].

[802] FJ 26. Para Á. J. GALLEGO MORALES, *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, op. cit., p. 49, este criterio de la "participación" en la naturaleza de las Administraciones Públicas "introduce perplejidad en tanto parece asimilarse a alguna suerte de estado de gracia en que caben participaciones".

[803] Así lo entiende también Á. J. GALLEGO MORALES, *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, op. cit., p. 41.

[804] FJ 26.

Las corporaciones de derecho público se presentan así, por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico vigente, como entes de naturaleza eminentemente privada, si bien, su configuración por el Derecho positivo como personas a medio camino de las jurídico-públicas, en lo que se ha dado en calificar de "publificación sin publificar"[805], a las que se atribuyen funciones, competencias y potestades propiamente administrativas, precisamente por el interés público que subyace en ellas y que el ordenamiento jurídico valora oportuno proteger, implica la aplicación a las mismas, en última instancia, de un régimen jurídico mixto[806], en el que se integran las normas básicas del Derecho Administrativo[807], operándose, por consiguiente, el reparto competencial en la materia sobre la base de lo dispuesto por el artículo 149.1.18º de la Constitución para el "régimen jurídico de las Administraciones Públicas"[808].

Una particularidad que el Tribunal Constitucional deriva y entiende implícita, en su Sentencia 113/1994, de 14 de abril, a "su última y decisiva dimensión social, su carácter último de formas de organización social". Y así sostiene que "su base, en

[805] J. BERMEJO VERA, "Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares", *RArAP*, núm. 20, junio 2002, p. 308.

[806] La jurisprudencia se ha hecho eco, en este sentido, de la paulatina ampliación de las competencias corporativas, así, en particular, en relación a los colegios profesionales, afirmando que "desbordan en mucho lo que fue su función originaria de defensa de intereses profesionales, para convertirse en entes a través de los cuales el Estado y la Administración realizan una verdadera política descentralizadora, confiriéndoles como consecuencia de las nuevas competencias, facultades en principio propias de la Administración", lo que supone convertirlos, en definitiva, en "verdaderos delegados en muchos aspectos de la Administración". Considerandos undécimo y decimoquinto de la Sentencia apelada aceptados, a su vez, por la del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1978 (Ar. 565).

[807] Así, conforme a la Disposición Transitoria Primera de la LRJAP y PAC "las corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica" y "en tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda". Por otra parte, de acuerdo con el artículo 2, apartado c), de la LJCA, "el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los actos y disposiciones de las corporaciones de derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas". Realidad que, si bien apreciable tradicionalmente en el régimen jurídico de estas entidades, no ha evitado, sin embargo, algún traspié jurisprudencial, como el protagonizado en su momento por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1983 (Ar. 1923), al inadmitir el recurso interpuesto por un Actuario de Seguros contra un acto de la Junta Directiva del Instituto de Actuarios Españoles, calificado expresamente de corporación de derecho público por su norma creadora y reguladora, "desde el prisma de la naturaleza del órgano emisor de la resolución recurrida, toda vez que la Asociación o Instituto de autos no es un órgano de la Administración, en el sentido de que de él puedan provenir o dimanar verdaderos actos administrativos […], no debiendo olvidarse su carácter eminentemente profesional […], carácter y naturaleza que no le confiere el de dictar resoluciones administrativas, provocando, en consecuencia, la inadmisibilidad de este recurso jurisdiccional" (considerando segundo). Vid., en este sentido, el comentario de J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "Naturaleza de las corporaciones públicas profesionales", *REDA*, núm. 39, octubre-diciembre 1983, pp. 603 y ss.

[808] En este sentido, F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, op. cit., p. 93; y, con mayor profundidad, M. LÓPEZ BENÍTEZ y M. REBOLLO PUIG, "Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18º de la Constitución a entes no administrativos", op. cit., pp. 507 y ss., quienes concluyen, p. 520, que "no son, pues Administraciones, pero están de tal forma ligadas a las Administraciones que sí forman parte del sistema general de organización administrativa y que su regulación, sin dejar de ser tal, es al mismo tiempo regulación de las Administraciones en cuyas funciones colaboran o asesoran y a cuya tutela quedan sometidas".

efecto, es siempre social, sus órganos son de extracción social, sus intereses, por más que pueden ser también generales, son siempre y en último término intereses sociales", de ahí la "terminante disposición" con que concluyen tanto el artículo 36 como el 52 de la Constitución al exigir que su estructura interna y su funcionamiento sean "democráticos"[809].

Ahora bien, el ejercicio de potestades públicas por parte de estas corporaciones y, en especial, de la potestad normativa y la administrativa sancionadora, está rodeado de numerosos interrogantes que tienden a multiplicarse y agravarse aún más ante el desmoronamiento de sus contornos tradicionales. Y es que las modulaciones y modificaciones experimentadas por la categoría, la matización e incluso desaparición de algunos de sus caracteres originarios más característicos, como, por ejemplo, la adscripción obligatoria, dificultan cada vez más su concepción y definición habituales, planteando problemas de difícil resolución a la configuración y el ejercicio de alguno de los poderes públicos de cuya titularidad han disfrutado tradicionalmente[810].

A ello se suma, además, en los últimos tiempos, el debate abierto en nuestro ordenamiento jurídico por el indudable impacto sobre estas corporaciones, en particular, sobre las organizaciones colegiales, de la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior[811].

[809] FJ 9.

[810] G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Corporaciones de derecho público", en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 366 y ss., subraya, en este sentido, la coexistencia de un gran número de corporaciones de derecho público que, pese a todo, "no responden, más allá del mero *nomen iuris*, a un modelo definido de organización".

[811] Transposición efectuada entre nosotros por la denominada Ley Paraguas, aprobada como Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En este sentido, sobre la compleja transposición de la Directiva 2006/123/CE y su impacto en el ordenamiento jurídico español, vid. la obra colectiva dirigida por T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *La ordenación de las actividades de servicios: comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010; R. RIVERO ORTEGA, "Reformas del Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España", *RArAP*, núm. 34, junio 2009, pp. 51 y ss.; también de este último autor, "Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus", en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009, pp. 327 y ss.; R. RIVERO ORTEGA (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Madrid, 2009; M.ª A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, "Los retos de la Directiva de Servicios para el sector de la distribución comercial española", en H. VILLAREJO GALENDE (Dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada, 2009, pp. 3 y ss.; y, D.-J. VICENTE BLANCO y R. RIVERO ORTEGA (Dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de Estudios CESCyL 13, 2009. En particular, sobre su incidencia en el régimen colegial, M. CARLÓN RUIZ, "El impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el régimen de los colegios profesionales", *RAP*, núm. 183, septiembre-diciembre 2010, pp. 99 y ss.

Cabe concluir, de esta forma, que a la equivocidad que ha correspondido desde siempre en el ámbito iuspublicista al término "corporación"[812], se une ahora, en tiempos recientes, una notoria ambigüedad que instalada en el ámbito de las corporaciones de derecho público, tiñe su compleja y variada tipología. Un desconcierto que no va sino en aumento, como denuncia MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, desde los años noventa, momento en que su condición administrativa comienza a experimentar embates cada vez más decididos y enérgicos de la mano de las grandes leyes generales de la década, por cuanto parecen "haber querido retirarles la consideración de Administraciones Públicas"[813].

B) LA COMPLEJA DIVERSIDAD DE LOS ENTES CORPORATIVOS Y SU CAMBIANTE TIPOLOGÍA.

Bajo la etiqueta genérica de la corporación de derecho público se cobija una pléyade sumamente diversa de entidades privadas de base asociativa a las que el ordenamiento jurídico reconoce ciertas funciones y potestades públicas a causa del interés general que las trasciende y anima[814]. Cabe catalogarlas, en líneas generales y a efectos meramente expositivos, en función de la naturaleza concreta de los intereses de sus miembros para cuya representación y defensa se ha procurado, en última instancia, la creación del ente correspondiente.

Y así, cabe apreciar la coexistencia de corporaciones de derecho público representativas de intereses profesionales en sentido estricto, con la de entes corporativos

812 Se hacen eco de esta equivocidad L. COSCULLUELA MONTANER, "Nuevas tendencias en la regulación de las corporaciones de derecho público en el Derecho español", op. cit., p. 349; y, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Sobre la naturaleza de las comunidades de regantes", *REDA*, núm. 2, julio-septiembre 1974, p. 294, quien pone en duda, incluso, la oportunidad de una teoría común de las corporaciones de derecho público. Asimismo, con mayor profundidad, F. GARRIDO FALLA, "Corporación", op. cit., pp. 753 y ss.

813 Así lo refiere, en particular, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "La integración en el sistema de Administraciones Públicas de las Administraciones instrumentales", op. cit., p. 37, y así lo confirma, por otra parte, en los últimos tiempos, la definición del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 3 guarda silencio sobre las corporaciones de derecho público. G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Corporaciones de derecho público", op. cit., pp. 366 y ss., se refiere, asimismo, a la creación y coexistencia de un gran número de corporaciones de derecho público que no responden, sin embargo, "más allá del mero *nomen iuris*, a un modelo definido de organización que cumple unos concretos y específicos fines públicos".

814 Hasta el punto de que F. GARRIDO FALLA, "Corporación", op. cit., p. 757, considera su régimen legislativo "absolutamente anárquico", por cuanto "no ya cada clase de personas jurídicas o de entidades, sino cada persona pública en particular, tiene su tratamiento legal especial".

para la defensa de intereses eminentemente económicos o con otras corporaciones, en fin, de objeto propiamente asistencial[815].

Se ha reflejado ya cómo las dos primeras categorías encuentran un apoyo constitucional expreso en los artículos 36 y 52 de nuestra Carta Magna. Por lo que se refiere al primero de estos preceptos, recoge entre los derechos y deberes de los ciudadanos enunciados en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I, la remisión expresa a la regulación por norma con rango de ley de "las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas", sancionando, además, el carácter democrático de "la estructura interna y el funcionamiento de los colegios". También el artículo 52 dispone, por su parte, al hilo del listado de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución, que "la ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios", estableciendo, asimismo, el carácter democrático de "su estructura interna y funcionamiento"[816].

El colegio profesional se erige, en este sentido, en la corporación profesional de derecho público por excelencia, constituido en representación y para la defensa del colectivo profesional correspondiente, de sus intereses propios y, en definitiva, de los derechos y deberes que integran el régimen jurídico que les resulta de aplicación.

En cuanto a la constelación de corporaciones representativas de intereses económicos, no cabe duda alguna que tras el lento e inexorable declive de las Cámaras de la Propiedad Urbana y de las Cámaras Agrarias, corresponde actualmente un lugar destacado al respecto a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

815 Así lo propone, en particular, L. COSCULLUELA MONTANER, "Nuevas tendencias en la regulación de las corporaciones de derecho público en el Derecho español", op. cit., p. 350. F. GARRIDO FALLA, "Corporación", op. cit., p. 757, se sitúa en una línea similar, de contraposición entre corporaciones de carácter profesional y representativas de intereses económicos, diferenciando las primeras, esto es, las corporaciones propiamente profesionales, "de todas las demás" constituidas, más bien, "por la asociación de quienes disfrutan algo en común". J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, *Naturaleza y caracteres de los colegios profesionales: notas para una ley reguladora*, op. cit., pp. 7 y ss., contrapone, por su parte, las corporaciones creadas *propter rem*, para la defensa de un fin objetivo, y las instauradas por razones subjetivas o *intuitu personae*.

816 Su diversa ubicación supone la inaplicación de la garantía prevista en el artículo 53.1 de la Constitución a las organizaciones contempladas por el artículo 52. Mientras que la ley que regule los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución deberá "respetar su contenido esencial", los recogidos por el Capítulo III tan sólo podrán ser "alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". A la "errónea situación sistemática" del artículo 52 del texto constitucional se ha referido J. M.ª MARTÍNEZ VAL, "Artículo 52. Organizaciones profesionales de defensa de los intereses económicos", op. cit., pp. 428 y ss.

Las comunidades de usuarios de recursos hidráulicos, en particular, las comunidades de regantes, las juntas de compensación u otras entidades urbanísticas colaboradoras previstas en idéntico sentido por la legislación autonómica, las cofradías de pescadores o denominaciones de origen son, asimismo, ejemplo destacado de la compleja diversidad de entidades corporativas que asumen, en nuestro ordenamiento jurídico, la representación, tutela y defensa de intereses económicos que no cabe calificar sino de primer orden[817].

Mucho más escueto es el listado de corporaciones de derecho público de naturaleza asistencial, si bien, pese a ser su único representante, no cabe discusión alguna sobre el significado social de las capitales funciones asistenciales desempeñadas por la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE).

No conviene cerrar, en cualquier caso, esta primera aproximación a los entes corporativos sin hacer al menos mención a las incógnitas planteadas, en particular, por la propia naturaleza y configuración de las federaciones deportivas, cuya errática definición y caracterización por la jurisprudencia constitucional ha dado lugar, como se verá *infra*, a un nuevo *tertium genus* a medio camino entre la corporación de derecho público y la asociación[818].

Se trata, en cualquier caso, de un primer ensayo de enunciación y catalogación de los entes susceptibles de ser clasificados como corporación de derecho público, revelador de uno de los principales rasgos definitorios de la categoría, su variedad y, por ende, complejidad. Cada una de las corporaciones citadas surge en defensa de intereses completamente diferentes y sobre la base de regímenes jurídicos sumamente diversos, dando lugar así a una cierta indeterminación y ambigüedad sobre los contornos de la propia categoría, y, en definitiva, sobre el alcance que ha de propugnarse en su regulación de las normas y soluciones alumbradas por el Derecho público.

No en vano sus múltiples manifestaciones concretas desbordan hoy día los estrechos márgenes trazados originariamente por el artículo 15 de la Ley 12/1983, de

817 J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, p. 501, se refiere incluso, en este punto, a las asociaciones administrativas de propietarios de fincas forestales.

818 M. LÓPEZ BENÍTEZ y M. REBOLLO PUIG, "Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18º de la Constitución a entes no administrativos", op. cit., p. 509, hacen hincapié, en este sentido, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la clasificación de las entidades asociativas, en función del "escalonamiento en la intensidad de la intervención de los poderes públicos" sobre las mismas, en "simples asociaciones", "asociaciones privadas de configuración legal a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo" (federaciones deportivas) y otras que, partiendo de su naturaleza como asociaciones de clase peculiar o especial, "pueden llegar a ser configuradas en determinados supuestos como corporaciones de derecho público, pasando a tener personalidad jurídico-pública".

14 de octubre, de Proceso Autonómico, cuyos apartados 1 y 2 establecen, respectivamente, los principios de actuación de las Comunidades Autónomas competentes en materia de corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales. El precepto citado incluye expresamente entre las primeras a las Cámaras Agrarias, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras de la Propiedad Urbana y Cofradías de Pescadores, "con estas denominaciones u otras similares", reservando, en cambio, la última condición corporativa citada para los colegios profesionales.

En todo caso, conviene tener presente que la extensión de la etiqueta corporativa, esto es, la creación de la corporación de derecho público como persona jurídica de naturaleza en principio privada a la que se atribuyen, sin embargo, un régimen jurídico, fines y potestades de naturaleza propiamente pública deriva siempre, en última instancia, de la decisión unilateral del propio poder público, aun cuando pudiera ser promovida inicialmente por la iniciativa privada interesada en la defensa de sus intereses particulares.

Así lo ha destacado el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 132/1989, de 18 de julio, al afirmar que estas entidades no son el fruto "de la libre decisión u opción de los afectados, para la obtención de fines autónomamente elegidos, sino fundamentalmente (y sin excluir forzosamente este último aspecto), de una decisión de los poderes públicos, sin que exista por tanto un *pactum associationis* original, que se ve sustituido por un acto de creación estatal; y tampoco habría una opción a favor de la persecución de fines o defensa de intereses libremente determinados, ya que el objeto de esas agrupaciones vendría definido por los intereses públicos para cuya defensa fueron creadas, y que son también fijados por el poder público"[819].

En definitiva, la creación y constitución de la corporación es el resultado, en última instancia, de un acto de poder, del que derivan la atribución de sus funciones públicas, su singular régimen jurídico –mixto, por cuanto reúne elementos propios de los ámbitos público y privado–, su sujeción a la jurisdicción contencioso-administrativa en aquellas controversias que se susciten en relación con los actos y disposiciones que adopten en el ejercicio de las citadas funciones públicas, así como una cierta acción de tutela por parte de la Administración Pública competente en ciertas cuestiones relacionadas con su organización y funcionamiento[820].

819 FJ 6.

820 Vid., en este sentido, C. LESMES SERRANO, "Tutela de la Administración corporativa", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 131 y ss.

Y, sin embargo, a la compleja variedad tipológica que caracteriza de por sí a la categoría, se sumará con el paso del tiempo la progresiva matización de muchos de sus caracteres originarios a consecuencia de la expansión incontrolada y de una regulación frenética de los entes susceptibles de ser encuadrados entre las corporaciones de derecho público. Así, entre los escasos rasgos comunes que cabía predicar de todos los entes corporativos sin excepción destacan, tradicionalmente, su función de representación colectiva de los intereses del sector correspondiente y la adscripción obligatoria a las mismas, caracteres diluidos, no obstante, al socaire de la propia evolución de la jurisprudencia constitucional al respecto.

No en vano, el Tribunal Constitucional ha sancionado la posibilidad, incluso, de que sean diversas las bases estatales para las distintas categorías en que se clasifican las corporaciones de derecho público, aceptando la existencia de una mínima teoría común a todas ellas, pero admitiendo también que la legislación básica aprobada por el Estado pueda regular aspectos singulares propios y diferentes, incluso contradictorios, para cada tipo de ente corporativo en particular[821].

Así se desprende, en particular, de su Sentencia 132/1989, en la que sostiene que "nada hay en la Constitución que obligue a que las bases sobre corporaciones de derecho público deban ser comunes a todas ellas, sin que esa exigencia pueda extraerse […] de la regulación de los artículos 52 y 131.2 de la Constitución. Los elementos comunes que tienen las corporaciones de derecho público podrían conducir a que la regulación básica posea una parte también común a todas ellas (como fue el caso del artículo 15 de la Ley del Proceso Autonómico), pero las propias particularidades de las distintas corporaciones pueden aconsejar el establecimiento de bases específicas, sin que ello atente por sí solo contra el concepto mismo de bases". Concluye, en consecuencia, por lo que se refiere de forma concreta al caso de autos, que "la relación entre la Ley de Proceso Autonómico y la Ley de Bases del Régimen Jurídico de las Cámaras Agrarias se regula por los criterios generales que el ordenamiento impone para articular dos textos normativos del mismo rango"[822].

[821] Decisión que entiende "discutible" L. COSCULLUELA MONTANER, "Nuevas tendencias en la regulación de las corporaciones de derecho público en el Derecho español", op. cit., p. 357.

[822] FJ 23. Se refiere, en particular, a las implicaciones de esta Sentencia para la Administración corporativa, L. COSCULLUELA MONTANER, "Nuevas tendencias en la regulación de las corporaciones de derecho público en el Derecho español", op. cit., pp. 357 y ss.

1. Corporaciones profesionales de derecho público: los colegios profesionales.

El artículo 36 de la Constitución se refiere a una de las corporaciones de derecho público por excelencia, el colegio profesional, seguramente, el ente corporativo que más interrogantes ha planteado desde la perspectiva concreta del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora que le ha sido encomendada por el legislador[823].

Su constitucionalización representa, en este sentido, una "novedad sin precedentes", tanto en el Derecho comparado como en nuestra propia historia constitucional[824]. Y, sin embargo, los aspectos básicos de su régimen jurídico se encuentran regulados aún en una norma preconstitucional, concretamente, en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (en adelante, LCP)[825].

En efecto, el legislador estatal ha declinado hacer ejercicio hasta el momento de su facultad y competencia para la determinación de la legislación básica en materia de colegios profesionales a través de la aprobación de una nueva ley general al respecto, pese a los sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca del posible impacto de nuestra Carta Magna sobre la naturaleza jurídica colegial y los caracteres que cabe considerar básicos en su organización y funcionamiento, a las diversas reformas legislativas habidas en su régimen jurídico con posterioridad a la aprobación de la Constitución, la última de ellas a raíz de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva de Servicios, y a las reivindicacio-

[823] Sobre el origen y el desarrollo de los colegios profesionales en España, exponente tradicional y cualificado de la corporación de derecho público en nuestro ordenamiento jurídico, vid. L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 61 y ss.; S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 19 y ss.; y, A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", en L. MARTÍN-RETORTILLO (Coord.), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 67 y ss.

[824] Así lo señalan G. ARIÑO ORTIZ y J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, *Constitución y colegios profesionales*, Unión Editorial, Madrid, 1984, pp. 85 y ss., quienes profundizan en la génesis y la tramitación del precepto constitucional. En idéntico sentido, F. GARRIDO FALLA, "Artículo 36", en F. GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 815. Asimismo, sobre los antecedentes y debates parlamentarios en torno al artículo 36 de la Constitución, S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 51 y ss.; A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", op. cit., pp. 74 y ss.; M. HERRERO DE MIÑÓN, "Los colegios profesionales en la Constitución española", *Boletín de la Facultad de Derecho. UNED*, núm. 6, 1994, pp. 89 y ss.; y, J. M. SÁNCHEZ SAUDINÓS, *Los colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, BOE y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 27 y ss.

[825] Sobre la gestación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sus directrices políticas y reformas posteriores, vid. L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 168 y ss.; y, J. M. SÁNCHEZ SAUDINÓS, *Los colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, op. cit., pp. 124 y ss. Asimismo, sobre la Ley al momento de su aprobación, M. BAENA DEL ALCÁZAR, "Una primera aproximación a la nueva Ley de Colegios Profesionales", op. cit., pp. 55 y ss.; y, T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *En torno a la Ley de Colegios Profesionales. Conferencia pronunciada el dia 4 de mayo de 1974*, Colegio Provincial de Abogados de San Sebastián, San Sebastián, 1974.

nes doctrinales sustanciadas, en fin, en este sentido ante la pervivencia de la polémica sobre su naturaleza y la articulación por el artículo 36 de la Constitución de una innegable garantía institucional de su configuración esencial[826].

a) La teoría de la garantía institucional aplicada al Capítulo II del Título I de la Constitución.

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la doctrina alemana de la garantía institucional (*Einrichtungsgarantien*[827]) se realiza a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio, que aplica la noción a la tarea de redefinición del contenido de la autonomía local[828]. La asunción de esta doctrina, que no aparece expresamente mencionada en la Constitución, es fruto de la interpretación constitucional y surge con una finalidad eminentemente protectora, en el intento de dotar de una salvaguardia más intensa a ciertas instituciones recogidas en el texto de nuestra Carta Magna[829].

[826] Se refiere a los equívocos y realidades en la naturaleza de los colegios profesionales, así como a las posturas doctrinales habidas al respecto, Á. J. GALLEGO MORALES, *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, op. cit., pp. 13 y ss. Refiere, asimismo, el debate tradicional sobre la naturaleza jurídica colegial, A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", op. cit., pp. 93 y ss.; y, A. SALOM PARETS, *Los colegios profesionales*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 35 y ss.

[827] El origen de esta doctrina se remonta, en el ámbito jurídico alemán, a los años 20 y, en concreto, a los interrogantes planteados por la Constitución de Weimar respecto a la protección y garantía de los derechos fundamentales recogidos en ella. E. SCHMIDT-JORTZIG, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1979, pp. 15 y ss., recuerda el papel fundamental de SCHMITT en su nacimiento. Sobre el origen y la formulación de esta teoría en el marco de la Constitución de Weimar, vid. G. ANSCHÜTZ, *Reichsverfassung*, 1929, pp. 334 y ss.; asimismo, del mismo autor, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 1933, pp. 583 y ss.; C. SCHMITT, "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien", en *Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25jährigen Bestehen der Handels-Hochschule Berlin*, 1931, pp. 4 y ss.; y, también de este último, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, 1931, *in toto*.

[828] Vid. al respecto el comentario de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, "Notas sobre la Sentencia de las Diputaciones Provinciales", *REDA*, núm. 34, julio-septiembre 1982, pp. 455 y ss. Se hace eco del "éxito notable de mercado" que ha alcanzado la idea alemana en nuestro ordenamiento jurídico, F. SOSA WAGNER, *Manual de Derecho local*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 53.

[829] Vid. a este respecto el profundo estudio de L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, pp. 31 y ss. El autor hace en la obra un minucioso repaso del nacimiento y evolución de esta doctrina en el ámbito alemán, destacando la triple perspectiva en que se concreta la operatividad de su efecto específico de protección: dirección, intensidad y dimensión temporal. La dirección de la protección o *Schutzrichtung* se materializa en la finalidad misma de la garantía institucional, "la preservación de una institución frente a su deformación sustantiva y, desde luego, a su desaparición". La intensidad de la protección o *Schutzdichte* evita la congelación absoluta del objeto garantizado, en cuanto la garantía resulta operativa tan sólo "contra medidas que impliquen su desaparición, anulación o destrucción o una transformación o anulación del mismo de efectos equivalentes". De ahí la diferenciación entre núcleo esencial de la institución garantizada y zona exterior al mismo expuesta a la evolución y al cambio. La dimensión temporal de la protección o *zeitlicher Schutzerstreckung* supone, en fin, una especial protección frente a la propia evolución legislativa de la institución, ya que si bien se permite el cambio, "éste ha de desarrollarse de forma que no se produzca una ruptura con la realidad social", de manera que "alcanzado el umbral de receptividad o de adaptación al cambio de esta última, pierde el legislador toda legitimidad, incurriendo en inconstitucionalidad".

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981 aplica esta noción a nuestro ámbito organizativo constitucional, al defender que "el orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador"[830].

El Tribunal precisa, asimismo, el alcance de esta protección ya que entiende que "la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar", de forma que "la garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre"[831].

Ahora bien, ¿cómo influye esta construcción dogmática en los derechos, libertades e instituciones reconocidos en el Título I de la Constitución? Frente a alguna posición doctrinal aislada que tiende a enfrentar ambos conceptos como categorías excluyentes[832], la opinión general, ratificada también por el Tribunal Constitucional, es que derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles.

En su Sentencia 26/1987, de 27 de febrero, dictada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, el Tribunal Constitucional aborda la diferenciación entre dos categorías que entiende compatibles, derecho fundamental y garantía institucional, afirmando que "buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales

[830] FJ 3.

[831] FJ 3. Son evidentes los interrogantes que plantea la aplicación práctica de esta doctrina. De una parte, la posibilidad real de fijar de forma objetiva ese núcleo mínimo garantizado en la institución; de otra, la forma concreta de determinar con exactitud su contenido. E. SCHMIDT-JORTZIG, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, op. cit., p. 19, se hace eco de ello en el ámbito jurídico alemán.

[832] Así se desprende, en particular, de la obra de I. DE OTTO Y PARDO, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 97 y ss., que diferencia en el Capítulo II del Título I de la Constitución entre derechos fundamentales y garantías institucionales. Consecuencia inmediata sería la exclusión de la garantía institucional del ámbito del artículo 53.1, así como la inaplicabilidad a las instituciones reconocidas en este Capítulo de la exigencia de respeto a su contenido esencial.

que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales"[833].

De ahí que la protección perseguida por el artículo 53.1 para los derechos comprendidos en el Capítulo II del Título I no difiera en gran medida de la dispensada, en su caso, por la garantía institucional, ya que "lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional es el núcleo básico de la institución […]. Y no es sustancialmente distinto lo protegido como derecho fundamental puesto que […] lo importante es que […] el legislador no rebase o desconozca la autonomía universitaria mediante limitaciones o sometimientos que la conviertan en una proclamación teórica, sino que respete «el contenido esencial» que como derecho fundamental preserva el artículo 53.1 de la Constitución"[834].

La opción del Tribunal Constitucional de acudir a la distinción entre derecho fundamental y garantía institucional para calificar la autonomía universitaria ha sido criticada, sin embargo, por Baño León, para quien resulta "ilusorio, y dogmáticamente incorrecto, identificar el concepto de derecho fundamental exclusivamente con el concepto de derecho subjetivo". De ahí vendría la confusión sobre el empleo, alcance y protección que implica cada uno de los conceptos en juego, puesto que "la Constitución no responde, en absoluto, a esa idea cardinal. Los derechos fundamentales son, en efecto, en gran parte derechos subjetivos, pero también instituciones y mandatos al legislador"[835]. La inclusión de derechos subjetivos y garantías institucionales en el concepto más amplio de derecho fundamental tendría así consecuencias inmediatas de gran trascendencia, que se concretan en la extensión a ambas categorías de la garantía del contenido esencial que recoge el artículo 53.1 de la Constitución[836].

[833] FJ 4.

[834] FJ 4.

[835] El autor, J. M.ª BAÑO LEÓN, "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", *REDC*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, pp. 165 y ss., critica la contraposición de garantías institucionales y derechos fundamentales, por entender que esa separación responde a las circunstancias históricas existentes en el momento en que surge la doctrina en Alemania, sin que pueda traspasarse sin más a nuestra situación constitucional actual. En idéntico sentido, A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", op. cit., p. 83, para quien "debe relativizarse la contraposición entre derecho fundamental y garantía institucional, puesto que ambos tienen una finalidad esencialmente garantizadora".

[836] Se rompe con ello la rigidez del planteamiento de I. DE OTTO Y PARDO, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", op. cit., p. 101. En cualquier caso, el propio concepto de garantía institucional conlleva en su construcción y finalidad una protección reforzada que ha sido comparada por J. A. SANTAMARÍA PASTOR, "Notas sobre la Sentencia de las Diputaciones Provinciales", op. cit., p. 466, con la que persigue el artículo 53.1 de la Constitución respecto a los derechos fundamentales del Capítulo II.

La fórmula de la garantía institucional se erige, en todo caso, en un instrumento que pretende asegurar la pervivencia y permanencia de una institución, si bien, tal y como recuerda García de Enterría "una conservación no implica una petrificación de la institución"[837]. El legislador está facultado para introducir en ella las modificaciones oportunas que puedan exigir los cambios sociales, respetando, eso sí, aquel núcleo mínimo indisponible que es su contenido o núcleo esencial. Esta última exigencia de la construcción doctrinal de la figura (*Schutzdichte*) recuerda en gran medida a lo dispuesto, asimismo, por la propia Constitución en su artículo 53.1, respecto del ejercicio de los derechos y libertades constitucionalizados en el Capítulo II del Título I, que tan sólo podrá ser regulado por ley, "que en todo caso deberá respetar su contenido esencial".

La protección dispensada por esta doctrina se traduce así en una garantía efectiva de la institución afectada, en nuestro caso, el colegio profesional, favoreciéndose su pervivencia y evolución, pero también en una limitación importante frente a cualquier ampliación innecesaria de su contenido que pueda desdibujar su núcleo esencial. La determinación y delimitación exacta de aquellos elementos que han de integrar ese núcleo inmutable es, no obstante, una tarea ardua, en la que inciden las peculiaridades propias la institución en cuestión y en la que se habrán de utilizar los instrumentos y herramientas conceptuales construidas expresamente a tal fin.

Corresponde un papel muy importante en este ámbito al Tribunal Constitucional, erigido en "intérprete supremo de la Constitución" en el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional[838]. Y es que, por paralelismo evidente con el precepto, la remisión del artículo 53.1 a ese mínimo inquebrantable representa, en palabras de L. Martín-Retortillo, una "técnica ga-

[837] Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Constitución, fundaciones y sociedad civil", op. cit., p. 237.

[838] Las facultades del Tribunal Constitucional para delimitar el contenido de la garantía institucional implican, en opinión de A. JIMÉNEZ-BLANCO, "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo II, p. 649, importantes consecuencias ya que suponen "un desapoderamiento del legislador a favor –dicho ya claramente– del Tribunal Constitucional en cuanto la fuente primaria del Derecho y, también y vinculado a ello, conlleva una transformación de la estructura del ordenamiento, que pasa de ser un derecho de normas a un derecho de conceptos y principios". Todo ello a partir de la innegable "función creadora de los Tribunales Constitucionales". Un razonamiento que podría, en su caso, hacerse extensivo a la fijación por parte del Tribunal Constitucional del contenido esencial garantizado por el artículo 53 de la Constitución y que ha llevado a L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Régimen constitucional de los derechos fundamentales", en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 59 y ss., a reflexionar sobre la función que están llamados a cumplir en este sentido el Tribunal y la doctrina, matizando el alcance de los pronunciamientos constitucionales. El autor subraya la importancia del litigio concreto en las decisiones del Tribunal Constitucional, que van a estar "muy marcadas, en cada supuesto, por la justicia del caso".

rantizadora en blanco" que "está queriendo prolongar la Constitución con lo que sea en cada caso el contenido esencial de los derechos y libertades aludidos"[839].

La referencia de este precepto al "contenido esencial" recuerda, en todo caso, aquélla otra que realiza el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, al núcleo básico (*Wesensgehalt*) de los derechos fundamentales[840]. La influencia es indudable, la Constitución española sigue el modelo establecido por el ordenamiento alemán al regular las garantías constitucionales de derechos y libertades, lo que permite diferenciar una doble faceta en el primer párrafo del artículo 53, concretamente, aquélla que supone una limitación al legislador, al que se prohíbe vulnerar ese contenido esencial, y aquélla otra que implica una afirmación del contenido mínimo del derecho constitucionalizado a causa de su relación con los valores superiores del ordenamiento[841]. Algo que cabe afirmar, asimismo, respecto de la garantía institucional.

El Tribunal Constitucional intentó definir el alcance concreto de este núcleo imprescindible por primera vez en su Sentencia 11/1981, de 8 de abril[842], cifrando en dos los caminos a seguir para intentar la aproximación a esa idea de "contenido esencial"[843]. El primero de ellos consiste en "tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho". Por esta vía se pretende establecer una relación entre "el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los

839 L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Régimen constitucional de los derechos fundamentales", op. cit., p. 27.

840 Sobre el contenido y la interpretación de este precepto alemán, vid., entre otros, E. VON HIPPEL, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965, p. 48, para quien la constatación de su posible vulneración exige partir del sentido y fin último de los derechos garantizados. Asimismo, sobre el enunciado del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, L. SCHNEIDER, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*, Duncker & Humblot, Berlín, 1983; y, desde la perspectiva concreta del principio de proporcionalidad, M. STELZER, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Springer-Verlag, Wien, 1991.

841 L. PAREJO ALFONSO, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *REDC*, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, p. 170, resalta este paralelismo y subraya el origen del precepto alemán, fundado en una "principal desconfianza ante el legislador ordinario".

842 La doctrina y línea interpretativa recogidas en esta Sentencia han sido reiteradas posteriormente por las Sentencias del Tribunal Constitucional 70/1982, de 29 de noviembre; 37/1983, de 11 de mayo; 98/1985, de 29 de julio; 13/1986, de 30 de enero; 37/1987, de 26 de marzo; 161/1987, de 27 de octubre; 196/1987, de 11 de diciembre; 27/1989, de 3 de febrero; 197/1990, de 29 de noviembre; 101/1991, de 13 de mayo; 123/1992, de 28 de septiembre; 341/1993, de 18 de noviembre; 89/1994, de 17 de marzo; 263/1994, de 3 de octubre; 332/1994, de 19 de diciembre; 333/1994, de 19 de diciembre; 40/1995, de 13 de febrero; 94/1995, de 19 de junio; 61/1997, de 20 de marzo; 105/1997, de 2 de junio; 136/1999, de 20 de julio; 201/1999, de 8 de noviembre; 91/2000, de 30 de marzo; 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio, etc.

843 FJ 8.

jueces y en general los especialistas en Derecho". En definitiva, habría que acudir a la idea o concepto preexistente al momento legislativo, formando parte del contenido esencial del derecho "aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así".

Pero existe, además, un segundo camino para acercarse al núcleo esencial de cualquier derecho, que "consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos". Por esta vía habría que entender comprendida en el contenido esencial del derecho aquella parte del mismo "que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos". Conforme a estos principios, "se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección"[844].

Las dos sendas propuestas por el Tribunal Constitucional resultan, en cualquier caso, complementarias y deben utilizarse de forma simultánea en esta tarea de la identificación y determinación del "contenido esencial".

Ahora bien, resulta de gran importancia la aclaración que realiza el Tribunal al especificar que el concepto de "contenido esencial" a que se refiere la Constitución es de carácter jurídico y no político. Es decir, que no existe una única interpretación posible y constitucionalmente viable que resulte conforme a ese contenido mínimo de cada derecho fundamental, puesto que "la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo".

El enjuiciamiento que realice el Tribunal Constitucional debe ser siempre jurídico, ya que "corresponde al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límí-

844 A la luz de esta doctrina L. PAREJO ALFONSO, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", op. cit., p. 188, concluye la operatividad al respecto de las técnicas de concreción del "núcleo esencial", elaboradas por la doctrina de la garantía institucional.

te genérico del artículo 53"[845]. De ahí que Parejo Alfonso entienda que "el contenido esencial no es otra cosa que un concepto jurídico indeterminado, con el que puede operarse técnicamente"[846].

La aplicación de estas ideas, sumamente compleja de por sí, a la institución colegial reconocida en el artículo 36 de la Constitución se verá mediatizada además por la propia redacción del precepto constitucional. Y es que el reconocimiento constitucional del colegio profesional se concreta en un enunciado un tanto abstracto y genérico, que no resulta revelador ni de los concretos caracteres ni del *status* jurídico, potestades públicas o facultades que son propias a la institución. Una realidad que no implica, sin embargo, la libertad absoluta del legislador para la configuración de su naturaleza y contenido.

b) Contenido nuclear garantizado por el artículo 36 de la Constitución.

La doctrina científica se ha hecho eco de la extensión de la teoría de la garantía institucional al colegio profesional a raíz de su constitucionalización en el artículo 36 de nuestra Carta Magna. Fanlo Loras se ha referido, en este sentido, entre otros muchos, a la utilidad de su aplicación a la institución colegial "para la adecuada comprensión de su significado constitucional"[847]. Resultan aplicables así, en consecuencia, a la determinación del contenido o núcleo esencial del colegio profesional garantizado por la Constitución, las dos vías propuestas en su momento por la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, para la identificación del contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.1 de nuestra Carta Magna.

[845] FJ 7.

[846] Consecuencia que extrae, L. PAREJO ALFONSO, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", op. cit., pp. 187 y ss., de la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia estudiada. L. LÓPEZ GUERRA, *Las Sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998, p. 17, hace hincapié, a su vez, en la diferencia existente entre las vertientes jurídica y política de la regulación normativa de un derecho fundamental y en el interés que presenta en este sentido la interpretación constitucional.

[847] A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", op. cit., p. 84. Se posicionan, asimismo, a favor de la aplicación al colegio profesional de la teoría de la garantía institucional, con la clara intención de contrarrestar la confusión desatada por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto de su naturaleza jurídica, L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 669 y ss.; S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 55 y ss.; M. HERRERO DE MIÑÓN, "Los colegios profesionales en la Constitución española", op. cit., pp. 94 y ss.; y, J. L. PIÑAR MAÑAS, "Colegios profesionales y Cámaras oficiales", en *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993, pp. 282 y ss.

Se debe acudir, de este modo, en primer lugar, a la idea o concepto de colegio profesional preexistente al momento legislativo, procurando aprehender aquellos rasgos esenciales a su naturaleza jurídica o al modo en que ha sido tradicionalmente concebida o configurada la institución para proceder, asimismo, en un segundo estadio, a la difícil identificación de aquellos intereses jurídicos que pretende amparar la mera existencia del colegio profesional, por cuanto no hay duda que quedarán amparados por la garantía institucional del artículo 36 de la Constitución los caracteres colegiales que resulten imprescindibles para asegurar su protección real y efectiva. Se trata, evidentemente, de una tarea especialmente compleja a la luz no sólo del debate doctrinal sino de las sucesivas reformas normativas que han ido ampliando y deformando los confines originarios propios y definitorios de la institución colegial.

En este contexto no hay duda que corresponde una innegable trascendencia a la jurisprudencia, en especial, a la del Tribunal Constitucional, pero también a la contencioso-administrativa, sustanciada para acompasar la composición y el funcionamiento colegial a las prescripciones y exigencias constitucionales. Una labor que no ha evitado, sin embargo, la pervivencia de buena parte de las dudas y de las incógnitas planteadas al respecto de la institución colegial en el momento de aprobarse la Constitución y de ver la luz su artículo 36, sino que las ha perpetuado, incluso, y engrandecido aún más, si cabe a raíz de las vacilaciones y contradicciones interpretativas que cabe apreciar al respecto[848].

Y así, conforme al artículo 1 de la vigente Ley de 1974, los colegios profesionales son corporaciones de derecho público, "amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines", a las que se confían como fines esenciales, tras la modificación de su apartado tercero por Ley 25/2009, de 22 de diciembre, "la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a la colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios

[848] Así lo sostiene, en particular, J. M. TRAYTER, Prólogo a A. SALOM PARETS, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 15 y ss., quien no duda en afirmar que "el mundo de los colegios profesionales está convulso", a causa principalmente "de su inconcreta naturaleza jurídica" en la regulación legal de estas corporaciones y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para J. L. ESPINOSA CALABUIG, "Los colegios profesionales en el marco constitucional", en M. MARTÍNEZ SOSPEDRA (Coord.), *La Constitución española de 1978 después de su trigésimo aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 221, la discusión doctrinal al respecto puede llegar a ser, sin embargo, "bizantina y poco pragmática", siendo lo realmente importante, desde la perspectiva del ciudadano, cómo afectan a sus intereses y para qué sirven los colegios profesionales. En sentido similar se pronuncia Á. J. GALLEGO MORALES, *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, op. cit., p. 51, para quien la "postura más fértil será la que aprehenda las realidades ladeando un debate que, a la postre, se revela huero y cuya operatividad aclaratoria, caso de haberla tenido, puede resultar hoy de campo ontológico limitado".

de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcionarial".

De esta base legal parte el Tribunal Constitucional, que entiende que "pese a la novedad que supone en la historia constitucional haber introducido la nuestra una norma como la del artículo 36", así lo sanciona, en particular, en su Sentencia 89/1989, de 11 de mayo, la aprobación de nuestra Carta Magna no modifica ni altera la concepción legal tradicional del colegio profesional. Antes bien, la Constitución "reconoce y sanciona la intermediación de la ley, con un importante matiz justificativo, al señalar «las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales», con lo que parece ya distinguirlos de las restantes personas jurídicas y asociaciones, sean de interés público o privado. Únicamente –constitucionalizando la norma– ordena que «la estructura interna y el funcionamiento de los colegios deberán ser democráticos», precepto este sí aplicable o común a otras asociaciones"[849].

Concluye, en consecuencia, que los colegios profesionales "constituyen una típica especie de corporación reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecuencia de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión –que constituye un servicio al común– se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, en principio, por otra parte, ya ha garantizado el Estado con la expedición del título habilitante"[850].

Esta superposición de fines tanto públicos como privados había sido destacada ya por la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1988, de 18 de febrero, que se refiere a la cuestión de forma un tanto oscura y difusa, sin precisar, en última instancia, la naturaleza jurídica del colegio profesional. Sostiene, en este sentido, que "el carácter de corporaciones públicas de los colegios profesionales no logra oscurecer la naturaleza privada de sus fines y de sus cometidos principales, por lo que, como ya se dijo en la Sentencia 123/1987, de 15 de julio, estos entes públicos «realizan una actividad que en gran parte es privada, aunque tengan atribuidas por la ley o delegadas algunas funciones públicas». Pero no es menos verdad que la dimensión pública de los entes colegiales, en cuya virtud […] están configura-

[849] FJ 5.

[850] FJ 5. Vid. J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, *Naturaleza y caracteres de los colegios profesionales: notas para una ley reguladora*, op. cit., pp. 815 y ss., quien aborda, en este sentido, la compleja distinción entre los ámbitos público y privado en los colegios profesionales. J. L. ESPINOSA CALABUIG, "Los colegios profesionales en el marco constitucional", op. cit., pp. 222 y ss., se refiere, asimismo, a esta difícil cuestión.

dos por la ley bajo formas de personificación jurídico-pública que la propia representación actora no discute, les equipara sin duda a las Administraciones Públicas de carácter territorial, si bien tal equiparación quede limitada a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de aquéllos"[851].

De esta forma, el artículo 36 ampararía la existencia de los colegios profesionales sin predeterminar de antemano su naturaleza jurídica, por cuanto correspondería al legislador determinar su configuración concreta, dentro de los escasos límites constitucionales alumbrados por el precepto, teniendo en cuenta, a estos efectos, que en la dicción constitucional, en términos de la Sentencia 89/1989, de 11 de mayo, "no hay contenido esencial que preservar […], salvo la exigencia de estructura y funcionamiento democrático"[852].

En definitiva, haciéndose eco de algunas de las funciones más importantes encomendadas a los colegios profesionales, el Tribunal Constitucional sostiene en la última de las Sentencias citada que al cumplir "otros fines específicos, determinados por la profesión titulada, de indudable interés público (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales o administrativas, recursos procesales, etc.), ello justifica innegablemente la opción deferida al legislador para regular aquellos colegios y para configurarlos como lo hace la Ley 2/1974, y las normas complementarias […], que en nada vulneran el contenido de la norma constitucional (artículo 36) habilitante, ni tampoco el artículo 22"[853].

ARIÑO y SOUVIRÓN entienden, en cambio, frente a esta remisión en blanco del artículo 36 sancionada por el Tribunal Constitucional, que el legislador queda vinculado por la Constitución respeto de aquellos caracteres básicos y sustantivos que han de integrarse necesariamente entre las "peculiaridades" del régimen jurídico de la institución colegial a que se refiere expresamente el artículo 36, sin que ello suponga, no obstante, una "inmutabilidad sempiterna del actual régimen jurídico de los colegios". De ahí su esfuerzo por identificar y definir aquellos rasgos que quepa considerar realmente esenciales al colegio profesional. Señalan, en este sentido, la necesaria concurrencia de tres características definitorias "intrínsecamente ligadas" a la configuración de la institución, en concreto, los fines esenciales

[851] FJ 4.

[852] FJ 7. El Tribunal Constitucional reitera así lo dispuesto por la Sentencia 42/1986, de 10 de abril, que afirma, respecto a la reserva de ley constitucional en materia de organización colegial, que "la garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos consiste en que esta materia sea regulada por el legislador, que no encuentra, como es obvio, otros límites que los derivados del resto de los preceptos de la Constitución y, principalmente, de los derechos fundamentales" (FJ 1).

[853] Sentencia 89/1989, de 11 de mayo, FJ 7.

de representación institucional de la profesión y de ordenación del ejercicio profesional que han de corresponder a todo ente colegial, así como la forma jurídica orgánica que habría de permitir su realización y materialización práctica, esto es, su constitución como corporación de derecho público[854].

Son notorias, en cualquier caso, las vacilaciones e inseguridades incorporadas a la materia por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, en un claro propósito por aquilatar el contenido y los perfiles constitucionales del colegio profesional frente a ciertas Cámaras representativas de intereses económicos, en particular en el caso de autos, las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/1994, de 14 de abril, afirmará la existencia indubitada de una "garantía institucional" de los primeros, al amparo del artículo 36 de la Constitución, que no alcanzará, sin embargo, en caso alguno, a las organizaciones constituidas al amparo del artículo 52[855]. Afirmación reiterada poco después, y en idéntico sentido, por la Sentencia 179/1994, de 16 de junio, referente, en esta ocasión, a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación[856].

Se trata, en cualquier caso, de una aseveración de la que no se extraen mayores consecuencias, por lo que queda como mero recurso dialéctico empleado por el Tribunal a modo de declaración retórica, sin virtualidad alguna, por tanto, en la práctica. El Tribunal no profundiza en esa supuesta diferencia entre los colegios constituidos al amparo del artículo 36 y las organizaciones configuradas, en cambio, conforme al artículo 52 del texto constitucional. Es más, pese a la mención explícita de las dos Sentencias citadas a la "garantía institucional" del colegio profesional, la confusión vuelve a instalarse de nuevo en la materia de la mano de la Sentencia 330/1994, de 15 de diciembre, instalada otra vez en la estela de la jurisprudencia constitucional anterior a 1994 que sostiene que "la Constitución no impone en su artículo 36 un único modelo de colegio profesional"[857].

Y así, la interpretación del artículo 36 de la Constitución dará lugar a un vivo debate entre quienes admiten a la luz de su enunciado una remisión prácticamente en blanco al legislador para la regulación del colegio profesional, y aquellos otros que entienden, por el contrario, que el precepto constitucional incorpora una

854 G. ARIÑO ORTIZ y J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, *Constitución y colegios profesionales*, op. cit., pp. 96 y ss., para quienes no pueden negarse por el legislador estas tres notas básicas, p. 118, "so pena de extinción del colegio profesional en su auténtico sentido".

855 FJ 9.

856 FJ 5.

857 FJ 9.

especie de garantía institucional, no sólo de la propia pervivencia de la entidad colegial sino, en particular, de su naturaleza corporativa y sus características esenciales[858].

Son muchas y variadas las posiciones doctrinales al respecto. Todas oscilan entre dos visiones extremas de una misma realidad. Ya sea la libertad absoluta del legislador para dotar del contenido y de la naturaleza jurídica que considere más oportunos a la que parece erigirse simplemente en etiqueta genérica, la de "colegio profesional", al amparo del texto constitucional[859]; ya la conservación de la institución colegial, auténtica petrificación incluso, tal y como se concibe y configura a la aprobación del texto constitucional[860].

La jurisprudencia constitucional, pese a todas sus contradicciones, se ha inclinado claramente por la primera opción, dando lugar a una cierta perversión del colegio profesional en cuanto corporación de derecho público. No en vano, al amparo de la interpretación dada a este respecto por el Tribunal Constitucional, el legislador mutará, quizá en demasiadas ocasiones, algunas de aquellas características consideradas habitualmente fundamentales o inherentes a su misma existencia[861], dando lugar a una expansión incontrolada del fenómeno colegial bajo

858 Entre los primeros, O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 299; y, F. SÁINZ MORENO, "Artículo 36. Colegios profesionales", en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, Tomo III, p. 556. Entre los segundos, los ya citados G. ARIÑO ORTIZ y J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, *Constitución y colegios profesionales*, op. cit., pp. 86 y ss., así como R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 303, y, en particular, S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 55 y ss., quien da cuenta de la polémica y de los argumentos empleados en ambos sentidos. Asimismo, sobre las diversas posiciones doctrinales en torno al contenido del artículo 36 de la Constitución, A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", op. cit., pp. 79 y ss.

859 Entre otros, Á. J. GALLEGO MORALES, *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, op. cit., pp. 38 y ss., para quien resulta pobre "la justificación de las instituciones por su existencia" o "necesariedad", de forma que "la más correcta intelección del mutismo constitucional conduce a subrayar que la Constitución no prefigura la naturaleza jurídica" del colegio profesional; y, en idéntico sentido, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, "Colegios profesionales y Constitución", *RL*, núm. 9, 1993, p. 5.

860 En este sentido, A. PEDROL RIUS, "Papel de las asociaciones profesionales en una sociedad democrática", en *Razón y convivencia en la política española*, Unión Editorial, Madrid, 1984, Tomo II, p. 99, para quien "la Constitución reconoce que esos colegios no los ha creado ella ni ninguna ley, que esos colegios estaban ya antes, y que esos colegios tienen unas peculiaridades que le son propias, lo cual, de otra manera, quiere decir que lo único que queda para la ley futura es ordenar jurídicamente esas peculiaridades, pero sin que esa ley en ningún caso pueda desconocer las peculiaridades, ni pueda deformarlas ni mucho menos destruirlos. Y esa es una barrera constitucional por encima de cualquier imaginable veleidad parlamentaria futura".

861 Así, el catálogo mismo de profesiones colegiadas, por cuanto el propio Tribunal Constitucional se encarga de recordar en su Sentencia 42/1986, de 10 de abril, que compete al legislador "atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuando existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia" (FJ 1).

rasgos y regímenes jurídicos sumamente diversos y muy poco ortodoxos desde una concepción tradicional del ente corporativo profesional[862].

Así, a título de ejemplo, la ya citada Sentencia constitucional 330/1994, de 15 de diciembre, que admite la posibilidad de estructuras colegiales para actividades profesionales no tituladas o, incluso, de adscripción voluntaria, al afirmar que "bajo esta peculiar figura con rasgos asociativos y corporativos pueden englobarse por el legislador estatal, en ejercicio de su competencia para formalizar normas básicas de las Administraciones Públicas *ex* artículo 149.1.18º de la Constitución, situaciones bien distintas como son las que corresponden al ejercicio de funciones públicas en régimen de monopolio o de libre concurrencia en el mercado como profesión liberal, y con colegiación forzosa o libre. Del mismo modo, no tiene por qué erigirse, en los supuestos legales de colegiación voluntaria, una inexistente obligación constitucional de colegiarse, en un requisito habilitante para el ejercicio profesional. Y es asimismo posible que los colegios profesionales asuman la defensa de actividades profesionales que no configuren, en realidad, profesiones tituladas. Todos estos extremos pueden ser regulados libremente por el legislador estatal, desarrollando el artículo 36, y con cobertura competencial en el artículo 149.1.18º, ambos de la Constitución"[863].

No es de extrañar, en consecuencia, la postura crítica adoptada, a este respecto, por un buen número de autores que consideran estos pronunciamientos contrarios al contenido nuclear de la corporación colegial, esto es, a los caracteres tradicionales y a la configuración propia y peculiar del colegio profesional en sí mismo

862 Así lo ha denunciado, entre otros, G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Corporaciones de derecho público", op. cit., p. 369, para quien la amplia y variada eclosión del fenómeno colegial "está debilitando muy seriamente a la institución […] en detrimento de las funciones públicas que justifican su propia existencia". P. MENÉNDEZ GARCÍA, "Corporaciones profesionales y libre competencia", *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2002, p. 341, se refiere también al "progresivo desdibujamiento de la institución colegial" y a la "difuminación de sus perfiles jurídicos". L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 135 y ss., se refiere, por su parte, a la "deformación" de la institución.

863 FJ 9. Se confirma así la tendencia presente en las Leyes 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, y 9/1992, de 30 de abril, de Mediación de Seguros Privados, de descartar el sistema tradicional de colegiación obligatoria, a favor de un modelo de regulación y control administrativo de una actividad profesional titulada de corte liberal, admitido, por lo que se refiere a la primera de las normas citadas, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 386/1993, de 23 de diciembre. A ello y a la jurisprudencia constitucional habida al respecto se refiere S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 63 y ss. Vid., en particular, sobre la Sentencia constitucional de 23 de diciembre de 1993, el comentario de N. MARTÍNEZ DE AZAGRA RIPA, "La constitucionalidad de la Ley de Auditoría de Cuentas y la nueva doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 36 de la Constitución", *RAP*, núm. 134, mayo-agosto 1994, pp. 265 y ss. También J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "La integración en el sistema de Administraciones Públicas de las Administraciones instrumentales", op. cit., p. 55, quien se muestra crítico con el "no escaso uso" que vienen haciendo las Comunidades Autónomas de sus competencias legislativas y administrativas en este ámbito, "incluso a veces respecto a colectivos o sectores que carecen aún de una «corporativización» a nivel estatal, lo cual no deja de suscitar más de una duda sobre su legitimidad, dada la garantía que corresponde al Estado de las condiciones básicas de igualdad en el disfrute de derechos tan fundamentales como la libertad de asociación".

considerado y por contraposición a otro tipo de personificaciones profesionales, así, entre otras, las asociaciones profesionales o los sindicatos.

La jurisprudencia constitucional adolece, en esta materia concreta, de un defecto fundamental que convierte prácticamente en irresoluble la cuestión. Y es que nace excesivamente apegada a un texto legal concreto, originariamente el de la Ley de Colegios Profesionales de 1974, posteriormente, los de las leyes que se han ido sometiendo a este respecto a su juicio y conocimiento, cuya constitucionalidad procura salvar por todos los medios, de forma que el Tribunal Constitucional no sólo se hace eco sino que tercia, en última instancia, en la polémica doctrinal sobre la naturaleza y las funciones propias de los colegios profesionales, sin llegar, no obstante, a resolverla de forma definitiva en un sentido u otro[864].

No en vano, su doctrina ofrece matices y trazos que permiten sostener y apuntalar líneas argumentales diversas, por cuanto no es, como ha quedado ya reflejado, absolutamente monolítica[865]. Invierte el orden natural de las cosas procurando la "acomodación de la ley a los dictados de la Constitución y no la interpretación de los preceptos constitucionales"[866].

Y, sin embargo, no hay que olvidar que la restricción que implica la creación del ente colegial respecto de otras libertades y derechos constitucionales, señaladamente los derechos de asociación y libre ejercicio profesional, se justifica tan sólo cuando el interés general afectado, su significado y trascendencia social, así lo exige por la repercusión e incidencia de la profesión correspondiente en la vida cotidiana e intereses de los ciudadanos, desembocando estos supuestos necesariamente en la articulación de un "buen número de cautelas y prevenciones" al respecto[867].

864 Á. J. GALLEGO MORALES, *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, op. cit., p. 40.

865 A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", op. cit., p. 85.

866 J. GARCÍA MURCIA, "Derecho de sindicación y colegios profesionales en la jurisprudencia constitucional", *REDC*, núm. 31, 1991, p. 166, para quien "una vez más nos encontramos con el recurso a las normas legales para la elaboración de argumentos de dimensión constitucional".

867 L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional", en L. MARTÍN-RETORTILLO (Coord.), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, p. 300. En particular, sobre la reserva constitucional de ley respecto al contenido esencial de la libre elección de profesión u oficio y la concreción de este último, M. HERRERO DE MIÑÓN y J. FERNÁNDEZ DEL VALLADO, *Especialización y profesión médica. La garantía constitucional de las profesiones tituladas y la especialización médica según la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 39 y ss. Asimismo, sobre la regulación constitucional de las profesiones y los colegios en España, M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Europa y las profesiones liberales*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1989, pp. 51 y ss.; y, J. GÁLVEZ MONTES, *La organización de las profesiones tituladas*, Consejo de Estado y BOE, Madrid, 2002, pp. 40 y ss.

De ahí la adecuación de la garantía institucional como teoría que permitiría velar no sólo por la subsistencia sino por la preservación de aquellos caracteres que conforman el núcleo duro del colegio profesional, contribuyendo a su definición, delimitación y distinción de otras figuras afines. Una opción convertida, sin embargo, en papel mojado a la vista de la regulación que ha realizado el legislador de la institución.

En efecto, la opción doctrinal mayoritariamente suscrita en los últimos tiempos, favorable a la extensión de la garantía institucional al ente colegial, no ha obviado, sin embargo, el desacuerdo en un punto fundamental, cual es el de la identificación de aquellos mimbres que, convenientemente entrelazados, habrían de tejer el contenido esencial o nuclear de la institución colegial objeto de protección[868]. No en vano, la confusión sigue presente en cuanto a la naturaleza pública o privada del colegio profesional, así como, en particular, acerca del alcance de las funciones públicas encomendadas o delegadas en el mismo habida cuenta de la variedad de soluciones por las que ha optado el legislador en relación a la obligatoriedad de pertenencia o adscripción a los mismos, conviviendo en nuestro ordenamiento jurídico colegios profesionales de adscripción voluntaria con otros de pertenencia, en cambio, obligatoria para el ejercicio profesional[869].

2. Corporaciones representativas de intereses económicos.

El colegio profesional se erige en nuestro ordenamiento jurídico en la corporación de derecho público por excelencia, asumiendo el ejercicio de potestades y funcio-

868 Procuran, en este sentido, un primer intento de aproximación a ese contenido mínimo objeto de protección y salvaguardia por la garantía institucional del colegio profesional, entre otros, L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 685 y ss., que se refiere, en este sentido, a sus funciones de ordenación del ejercicio profesional y representación de la profesión-defensa de los colegiados, a su titularidad de las potestades normativa y sancionadora y, en última instancia, a aquellos elementos instrumentales que emplean para la consecución de sus objetivos, en particular, la colegiación obligatoria, la personificación jurídica pública y la exclusividad territorial; A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", op. cit., p. 86, que incluye en el "contenido esencial inherente a la fórmula colegial" las tres notas de "personificación pública, obligatoriedad de pertenencia y exclusividad territorial"; M. HERRERO DE MIÑÓN, "Los colegios profesionales en la Constitución española", op. cit., pp. 95 y ss., que entiende esenciales las notas de exclusividad territorial y colegiación obligatoria; J. L. PIÑAR MAÑAS, "Colegios profesionales y Cámaras oficiales", op. cit., p. 286, para quien el carácter administrativo público no forma parte, en cualquier caso, de este contenido o garantía nuclear; o, en fin, A. SALOM PARETS, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 82 y ss., para quien los colegios son "auténticas Administraciones Públicas" a todos los efectos.

869 Se refiere, en particular, a la problemática planteada a este respecto por los "falsos" colegios profesionales de adscripción voluntaria, S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 93 y ss. Asimismo, sobre el "problema" de los colegios de adscripción voluntaria, J. GÁLVEZ MONTES, *La organización de las profesiones tituladas*, op. cit., pp. 290 y ss.

nes públicas fundamentales entre las que se cuenta, señaladamente, la potestad administrativa sancionadora.

Junto a esta primera categoría corporativa centrada en la defensa de intereses propiamente profesionales, cabe distinguir, además, un segundo grupo de entes corporativos representativos de intereses de naturaleza económica entre los que se integran, destacadamente, las Cámaras, tanto de Comercio, Industria y Navegación, como Agrarias o de la Propiedad Urbana, así como otras entidades menores de naturaleza propiamente corporativa y trascendencia económica[870].

Aun cuando la distinción carece de gran relevancia jurídica, resulta pertinente dada la diversa evolución de cada uno de estos tipos corporativos, por cuanto a la pervivencia, expansión y crecimiento desmesurado de la institución colegial, se corresponde, claramente, un debilitamiento manifiesto, en términos tanto cuantitativos como cualitativos, de otras corporaciones de derecho público pertenecientes a esta segunda categoría erigida para la defensa y representación de intereses económicos[871].

No en vano, la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de julio, abre una brecha fundamental al respecto al reconocer que "no cabe excluir que el legislador, para obtener una adecuada representación de intereses sociales, o por otros fines de interés general, prevea, no sólo la creación de entidades corporativas, sino también la obligada adscripción a este tipo de entidades, de todos los integrantes de un sector social concreto", si bien "ha de considerarse la adscripción obligatoria a esas corporaciones públicas como un tratamiento excepcional respecto del principio de libertad, que debe encontrar suficiente justificación, bien en disposiciones constitucionales (así, en el artículo 36 de la Constitución), bien, a falta de ellas, en las características de los fines de interés público que persigan y cuya consecuencia la Constitución encomiende a los poderes públicos, de manera que la afiliación forzosa cuente con una base directa o indirecta en los mandatos constitucionales".

870 R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 311 define, en este sentido, a las Cámaras como "agrupaciones forzosas creadas por el Estado para la autogestión de intereses económicos generales y, a la vez, sectoriales de colectivos que realizan determinada actividad o son titulares de determinados bienes", e incluye entre las mismas "no solamente a las más típicas organizaciones camerales, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, sino también a aquellas otras creadas bajo la influencia de este modelo, como son las Cámaras Oficiales Mineras, las Cámaras Agrarias, las Cámaras de la Propiedad Urbana y las Cofradías de Pescadores, que responden a la misma técnica de inspiración corporativa".

871 Así, F. GARRIDO FALLA, "Corporación", op. cit., p. 757, quien distingue entre las corporaciones profesionales y todas las demás, comunidades constituidas, en última instancia, por la asociación de quienes disfrutan algo en común, aun cuando reconoce que la distinción carece de "gran relevancia jurídica".

Este reconocimiento y respaldo del Tribunal Constitucional a la desproporcionalidad y, por ende, inconstitucionalidad de la vigencia del principio de afiliación obligatoria en según qué entidades corporativas, socava de forma importante su legitimidad histórica, su función y, en última instancia, su existencia misma, desatando un lento declive que habría de desembocar, en más de un caso particular, en la práctica desaparición del tipo organizativo correspondiente[872].

a) Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

Frente a otros supuestos de organización corporativa cameral, en particular, las Cámaras Agrarias o las Cámaras de la Propiedad Urbana, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación son las de mayor tradición y arraigo, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el comparado[873]. Tras la aprobación de la Constitución en 1978 siguen conservando, al amparo del régimen preconstitucional que las regulaba, su configuración y buena parte de sus notas corporativas tradicionales. Una realidad en la que incide, con posterioridad, la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, a fin de preservar su naturaleza y rasgos más sobresalientes, salvando, a su vez, los inconvenientes y tachas que el Tribunal Constitucional había reconocido a su regulación anterior.

Conforme al artículo 1 de su Ley reguladora de 1993, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y, en su caso, Navegación "son corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen". Coherentemente con lo dispuesto por el artículo 52 de la Constitución, se exige, además, que su estructura y funcionamiento sean democráticos.

Su calificación como corporaciones de derecho público supone el reconocimiento de su posible titularidad de funciones y competencias tanto públicas como

872 Las razones esgrimidas en cada caso por el Tribunal Constitucional para justificar o desechar la obligatoriedad de inscripción o afiliación en la corporación correspondiente llevan a A. M.ª ÁVILA ÁLVAREZ y A. PANIZO GARCÍA, "La constitucionalidad de las Cámaras de Comercio: un debate paradójico", en L. LÓPEZ RODÓ (Coord.), *Las Cámaras de Comercio e Industria en la Europa Continental*, Gráficas Monedero, Madrid, 1995, p. 277, a denunciar que "todo parece poco jurídico y sí muy arbitrario".

873 Así lo sostiene, en particular, L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 320. Su origen se sitúa en Francia, siendo importadas después por nuestro ordenamiento jurídico. Se refieren, en este sentido, a su alumbramiento y posterior evolución entre nosotros, G. ARIÑO ORTIZ, "Naturaleza de las Cámaras de Comercio: notas a una polémica", op. cit., pp. 12 y ss.; S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 167 y ss.; y, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 311.

privadas, así como su sujeción a un régimen jurídico mixto, integrado, en definitiva, por normas tanto de Derecho Administrativo como de Derecho estrictamente privado[874].

Y así, corresponde a estas Cámaras, de acuerdo con el enunciado del artículo 1.2 de la Ley, "la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación, y la prestación de servicios a las empresas que ejerzan las indicadas actividades, sin perjuicio de la libertad sindical y de asociación empresarial y de las actuaciones de otras organizaciones sociales que legalmente se constituyan".

A tal fin, el artículo 2 se refiere y enuncia, en particular, las "funciones de carácter público-administrativo" que les corresponden. Sin embargo, un rápido repaso del precepto pone de manifiesto el escaso número de las que realmente pueden calificarse de funciones estrictamente públicas, así como la ausencia de competencias públicas de cierta entidad y trascendencia, faltando algunas de las más tradicionales en otras corporaciones de derecho público como pueden ser las potestades normativa y disciplinaria[875].

A estos efectos, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación carecen siquiera de competencias en materia deontológica sobre sus miembros. Las relaciones de estos socios entre sí o con terceros son, en realidad, competencia de la Administración Pública *stricto sensu* y objeto de una regulación específica al margen de la organización y el funcionamiento camerales, estando sujetas a importantes facultades sancionadoras que no ejercen en caso alguno estas Cámaras, sino la propia Administración Pública competente[876].

Las funciones privadas que desarrollan quedan enunciadas "de modo genérico", en cambio, en el apartado 3 del artículo 2 de la Ley, que no desglosa ni enuncia de forma pormenorizada las que les corresponden, sino que se limita a disponer que "podrán llevar a cabo toda clase de actividades que, en algún modo, contribuyan a la defensa, apoyo o fomento del comercio, la industria y la navegación, o que sean

874 Así se desprende, en particular, de los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley de Cámaras de 1993. En todo caso, conforme al artículo 1.2 de la Ley las competencias de carácter público que ejerzan podrán serles atribuidas por la propia Ley o encomendadas y delegadas por las Administraciones Públicas. Se refiere a la "notable importancia" de las funciones encomendadas a estas Cámaras, J. L. PIÑAR MAÑAS, "Colegios profesionales y Cámaras oficiales", op. cit., p. 302.

875 R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 312, suma a ello la dificultad de admitir que alguna de estas funciones sea pública, aun cuando sean calificadas así de forma expresa por la Ley.

876 De ahí las críticas de la doctrina a su articulación corporativa. Vid., en este sentido, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 312.

de utilidad para el desarrollo de las indicadas finalidades y, en especial, establecer servicios de información y asesoramiento empresarial"[877].

De ahí, en definitiva, la polémica o "confusionismo", en expresión de ARIÑO, que ha acompañado tradicionalmente a estas Cámaras en cuanto a la determinación concreta y admisibilidad de su naturaleza jurídica corporativa, manifestada, en particular, en el encarnizado debate que las ha acompañado sobre la admisibilidad y constitucionalidad del principio histórico de adscripción obligatoria de sus miembros[878].

La vigencia de este principio se deduce, en cualquier caso, hasta fechas recientes del enunciado de los artículos 6 y 13 de la Ley de 1993. El primero por cuanto otorgaba la condición de electores de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación a todas las "personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales o navieras en territorio nacional", concretamente, respecto de aquellas "dentro de cuya circunscripción cuenten con establecimientos, delegaciones o agencias".

El segundo, por su parte, en la medida en que remachaba el principio de pertenencia obligatoria al delimitar el ámbito subjetivo afectado por la obligación de pago y el devengo del recurso cameral permanente, refiriéndose expresamente a "las personas físicas o jurídicas, así como las entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria que, durante la totalidad o parte de un ejercicio económico, hayan ejercido las actividades de comercio, la industria o la navegación a que se refiere el artículo 6 y, en tal concepto, hayan quedado sujetos al Impuesto de Actividades Económicas".

Sin embargo, la afirmación de la naturaleza corporativa de estas Cámaras y de la correlativa obligación del comerciante, industrial o, en su caso, navegante a asociarse no ha estado exenta, como se ha referido *supra*, de polémica y conflictividad[879]. Y así, destaca la rotundidad con que altera el Tribunal Constitucional el rumbo y la orientación inicial de su doctrina a fin de dar cabida a la constitucionalidad de estas previsiones en la Ley básica de 1993, al momento de su aprobación.

Si en su Sentencia 179/1994, de 16 de junio, había llegado a concluir, a la vista de las funciones y los fines que la regulación preconstitucional encomendaba a las Cámaras, que "aun cuando no cabe duda de la importancia de las mismas no resulta que su ejercicio exija la adscripción obligatoria de todos los comerciantes, industriales y nautas a estas Cámaras […] cualquiera de las funciones enumeradas puede encomendarse a asociaciones de tipo privado o, incluso, realizarse directamente por la propia Administración sin necesidad de obligar a los comerciantes, industriales y nautas a pertenecer obligatoriamente a una corporación de derecho público y a sostenerla con sus aportaciones"[880]; la Sentencia 107/1996, de 12 de junio, da un giro radical para afirmar, frente a la "vaguedad e imprecisión de sus cometidos", "lo genérico de sus funciones y la ambigüedad de sus fines" al amparo de la regulación anterior, la suficiencia de "las funciones de carácter público-administrativo que la Ley 3/1993, encomienda a las Cámaras, por su atribución legal, concreción, obligatoriedad, garantías de Derecho público y relevancia constitucional", justificando, en última instancia, la adscripción forzosa a las mismas[881].

El debate queda, no obstante, definitivamente zanjado a resultas de la reciente modificación de la Ley de 1993, por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la

877 J. TORNOS MAS, "Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, p. 801.

878 Sobre la polémica naturaleza de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, vid. G. ARIÑO ORTIZ, "Naturaleza de las Cámaras de Comercio: notas a una polémica", op. cit., pp. 11 y ss.; F. LÓPEZ MENUDO (Dir.), R. FALCÓN Y TELLA, M. REBOLLO PUIG y M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Estudios jurídicos sobre Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Andalucía*, Junta de Andalucía, Madrid, 1991, pp. 20 y ss.; J. L. RIVERO YSERN, "La Administración corporativa: la adscripción a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; análisis jurisprudencial", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 704 y ss.; y, J. TORNOS MAS, "Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación", op. cit., pp. 788 y ss.

879 Profundizan, entre otros, en la evolución del principio de adscripción obligatoria en el ámbito de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y en la polémica sustanciada a estos efectos al amparo de la redacción de la Ley de 1993, vigente hasta hace bien poco, J. DE LA CRUZ FERRER, "La regulación legal de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y los derechos fundamentales: reflexiones sobre el control de constitucionalidad y Derecho comparado", en L. LÓPEZ RODÓ (Coord.), *Las Cámaras de Comercio e Industria en la Europa Continental*, Gráficas Monedero, Madrid, 1995, pp. 287 y ss.; A. FANLO LORAS, *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, op. cit., pp. 127 y ss.; J. M. GUTIÉRREZ DELGADO, "Situación jurídica actual de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 243 y ss.; J. L. RIVERO YSERN, "La Administración corporativa: la adscripción a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; análisis jurisprudencial", op. cit., pp. 706 y ss., quien discrepa, p. 736, de la consideración de estas entidades como corporaciones de derecho público por entender contraria al derecho constitucional a no asociarse la adscripción obligatoria a las mismas; y, S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, op. cit., pp. 193 y ss.

880 FJ 10. Doctrina reiterada posteriormente por las Sentencias 233/1994, de 20 de julio, y 284/1994, de 24 de octubre.

881 FJ 5. Doctrina confirmada con posterioridad por la Sentencia 154/1996, de 3 de octubre.

inversión y el empleo[882], en la que profundiza, posteriormente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible[883].

Se da nueva redacción al artículo 6 de la Ley básica a fin de consolidar la pertenencia voluntaria a las Cámaras Oficiales de quienes deseen incorporarse a las mismas, estableciéndose únicamente como obligatorio que todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan cualesquiera actividades comerciales, industriales o navieras en territorio nacional, formen parte del censo público de empresas que elaboren las Cámaras, "sin que de ello deriven obligaciones o derechos".

Se trata, en fin, de un correlativo lógico a lo dispuesto a estos efectos por el artículo 4.7 del Decreto-Ley 13/2010, conforme al que se suprime la obligatoriedad del pago de la cuota cameral a quienes ejerzan las actividades del comercio, industria o navegación, modificando a estos efectos el artículo 13 de la Ley reguladora de estas Cámaras[884]. Consecuentemente con ello, la redacción actualmente vigente de este último precepto exige su pago a quienes "decidan libremente pertenecer a una Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación".

Se abre, en definitiva, una nueva etapa en la evolución de estas Cámaras, cuya calificación como corporaciones de derecho público resulta cada vez más compleja ante la decadencia en ellas de la adscripción obligatoria y la ausencia en su seno de funciones públicas de entidad suficiente como para justificar el régimen jurídico y las potestades públicas que acompañan tradicionalmente a estas corporaciones. Está por ver si cuentan con una capacidad de autoregeneración suficiente como para consolidar su actividad y funciones en esta nueva fase, o si entrarán, por el contrario, en el lento declive que ha ido socavando paulatinamente las bases corporativas de otras Cámaras Oficiales, señaladamente, las Agrarias y las de la Propiedad Urbana[885].

882 Artículo 4.

883 Disposición Final Cuadragésima Séptima.

884 Sostiene la inconstitucionalidad de la reforma E. SIMÓN ACOSTA, "Cámaras de comercio sin recursos, inconstitucionalidad de la reforma", *AJA*, núm. 812, 2011, p. 11.

885 No en vano habían experimentado un "desarrollo efectivo ciertamente notable", en términos de J. M. GUTIÉRREZ DELGADO, "Situación jurídica actual de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación", op. cit., p. 270, al amparo de la regulación y del principio de adscripción obligatoria dispuestos por la Ley de 1993.

b) Las Cámaras Agrarias.

En efecto, cabe hablar de declive, cuando no de auténtico desmoronamiento, en el caso particular de las Cámaras Agrarias, reguladas hasta no hace mucho por la Ley 23/1986, de 24 de diciembre[886]. Una norma que, si bien establecía las bases de su régimen jurídico como corporaciones de derecho público, resultó, sin embargo, sumamente polémica desde el momento mismo de su aprobación por cuanto privaba a las Cámaras de cualquier representatividad de los intereses propios del sector a favor de las organizaciones profesionales agrarias de naturaleza privada, circunscribiendo así sus funciones corporativas al ámbito meramente consultivo[887].

Por lo que se refiere, en particular, a la posible adscripción obligatoria a las mismas, el Tribunal Constitucional sanciona en su Sentencia 132/1989, de 18 de julio, la inconstitucionalidad de la Ley catalana 18/1985, de 23 de julio, que la había contemplado, sujetando la creación de entes corporativos de base asociativa a dos límites claros[888].

De un lado, a una limitación externa derivada de los artículos 22 y 28 de la Constitución, conforme a la que su constitución resultaría contraria al texto constitucional "si en la práctica van a significar una indebida concurrencia con asociaciones fundadas en el principio de la autonomía de la voluntad, o si, con mayor motivo, van a impedir la creación o funcionamiento de este tipo de asociaciones"[889].

De otro, a una segunda limitación representada por la vertiente negativa del derecho de asociación, en virtud de la que "ha de considerarse la adscripción obligatoria a esas corporaciones públicas como un tratamiento excepcional respecto del principio de libertad, que debe encontrar suficiente justificación, bien en disposiciones constitucionales (así, en el artículo 36 de la Constitución), bien, a

886 Vid. S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, op. cit., pp. 89 y ss., sobre su origen y evolución desde su consideración como asociaciones privadas de utilidad pública a su configuración y reconocimiento como corporaciones de derecho público.

887 S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, op. cit., pp. 97 y ss., subraya la desaparición al amparo de esta Ley de la base asociativa y de los caracteres necesarios para la calificación de las Cámaras Agrarias como corporaciones de derecho público, de forma que quedarían relegadas, en última instancia, a meros entes fundacionales al servicio de la Administración agrícola a los que se encomiendan funciones de escasa o nula relevancia pública. Se refieren también a los silencios que guarda a este respecto la Ley de 1986, y la línea seguida por el legislador para su progresiva reducción a mínimos, L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 320; y, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 316.

888 Vid. el pormenorizado análisis y comentario de esta Sentencia realizado por A. FANLO LORAS, *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, op. cit., pp. 116 y ss. Asimismo, J. L. RIVERO YSERN, "La Administración corporativa: la adscripción a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; análisis jurisprudencial", op. cit., pp. 709 y ss.

889 FJ 6.

falta de ellas, en las características de los fines de interés público que persigan y cuya consecuencia la Constitución encomiende a los poderes públicos, de manera que la afiliación forzosa cuente con una base directa o indirecta en los mandatos constitucionales"[890].

El Tribunal Constitucional sostiene, en aplicación de ambos criterios, la inconstitucionalidad de la adscripción obligatoria a las Cámaras Agrarias, por cuanto el cumplimiento de sus funciones no la exigiría ni justificaría en absoluto[891].

Se inicia así el lento declinar de estas entidades[892], saldado definitivamente con la aprobación de la Ley 18/2005, de 30 de septiembre, por la que se deroga la Ley básica estatal en materia de Cámaras Agrarias de 1986. No supone la desaparición, en cualquier caso, de estas Cámaras, cuestión que entra dentro de las competencias y, por ende, del marco de decisión de las Comunidades Autónomas, sino tan sólo la eliminación de la regulación estatal correspondiente.

La Ley de 2005 sanciona, por tanto, la posible desaparición de las Cámaras Agrarias, privándolas de cualquier función pública al amparo de la legislación básica estatal, y consolidando, en este sentido, conforme a su Disposición Transitoria Primera, la representatividad de las organizaciones profesionales agrarias a las que se confían, en definitiva, las funciones de "representación institucional, reivindicación y negociación en defensa de los intereses profesionales y socioeconómicos de los agricultores y ganaderos"[893]. Recae, en última instancia, sobre cada Comunidad Autónoma en particular, en el ejercicio de sus competencias en la materia, decidir sobre la supresión efectiva o, por el contrario, mantenimiento de las Cámaras Agrarias en su ámbito territorial, así como su régimen jurídico particular o, en su caso, el aplicable a su posible disolución y liquidación[894].

---

890 FJ 7. A. FANLO LORAS, *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, op. cit., p. 118, subraya la "contradicción lógica" en que incurre, en este sentido, el Tribunal Constitucional, que si bien deniega su naturaleza como asociaciones y se esfuerza en delimitar y diferenciar las asociaciones de las corporaciones de derecho público, impone a estas últimas, sin embargo, los límites propios de las personas asociativas.

891 FJ 8. J. L. RIVERO YSERN, "La Administración corporativa: la adscripción a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; análisis jurisprudencial", op. cit., p. 712, se pregunta al respecto si no habría que cuestionar su consideración como corporación a la vista de la escasa entidad de las funciones que se le encomiendan y de la desaparición en su seno del principio de adscripción obligatoria.

892 Auspiciado en opinión de A. FANLO LORAS, *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, op. cit., p. 125, por la "fosilización y burocratización" instauradas en su ámbito al amparo de la jurisprudencia constitucional.

893 Para A. FANLO LORAS, *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, op. cit., p. 127, la intención del legislador estatal de potenciar las organizaciones profesionales y sindicatos agrarios libres en detrimento del papel de las Cámaras Agrarias se encuentra en la base de la "grave desvertebración del mundo rural".

894 Así, entre las Comunidades Autónomas que han optado por disolver y liquidar las Cámaras Agrarias existentes en su ámbito territorial destacan, en particular, Extremadura, por Ley 3/1997, de 20 de marzo;

c) Las Cámaras de la Propiedad Urbana.

Aún mayor ha sido la debacle en relación con las Cámaras de la Propiedad Urbana[895]. Constituidas y organizadas originariamente como asociaciones voluntarias de carácter privado, se erigen en corporaciones de derecho público por Real Decreto de 16 de junio de 1907, exigiéndose, desde entonces, la adscripción obligatoria de todos los propietarios de fincas urbanas enclavadas en la respectiva demarcación para la representación, defensa y fomento de la propiedad urbana[896].

Su naturaleza corporativa fue, en cualquier caso, cuestionada por la doctrina ante la escasa entidad pública de las funciones y competencias que les son encomendadas por el ordenamiento jurídico. Frente al carácter mixto del régimen jurídico aplicable a las corporaciones de derecho público, estas Cámaras de la Propiedad Urbana se encontrarán sometidas prácticamente en todo al Derecho privado, siendo así que el único elemento que podía considerarse realmente público en ellas era la obligatoriedad de la afiliación[897].

Y así, tras la remodelación y modificación del régimen jurídico de las Cámaras Agrarias, el legislador emprende la reforma de las Cámaras de la Propiedad Urbana, eliminando, con esta finalidad, como primer paso, en el artículo 109.3 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, "la exacción «Cuota de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana», tasa 17.13, regulada en el Decreto de convalidación de 25 de febrero de 1960".

Galicia, por Ley 1/2006, de 5 de junio; La Rioja, por Ley 11/2006, de 27 de diciembre; País Vasco, por Ley 13/2007, de 27 de diciembre; Murcia, por Ley 5/2008, de 13 de noviembre; o, la Comunidad Foral de Navarra, por Ley 21/2008, de 24 de diciembre. Otras, en cambio, mantienen su calificación expresa como corporaciones de derecho público. Así, las Comunidades Autónomas de Cataluña, en el artículo 2 de la Ley 17/1993, de 28 de diciembre; Castilla y León, artículo 1 de la Ley 1/1995, de 6 de abril; Aragón, artículo 2 de la Ley 2/1996, de 14 de mayo; Castilla-La Mancha, artículo 2 de la Ley 1/1996, de 27 de junio; el Principado de Asturias, artículo 1 de la Ley 3/1997, de 24 de noviembre; Cantabria, artículo 2 de la Ley 3/1998, de 2 de marzo; o, la Comunidad de Madrid, artículo 1 de la Ley 6/1998, de 28 de mayo.

895 Para A. FANLO LORAS, *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, op. cit., p. 127, su debilitamiento es consecuencia lógica de la línea interpretativa inaugurada por el Tribunal Constitucional respecto de las Cámaras Agrarias en su Sentencia 132/1989, de 20 de julio. S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 101 y ss., se refiere, asimismo, a la "filosofía «anticorporativista»" que llevó a sucumbir a las Cámaras Oficiales Agrarias y a las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y da cuenta de su lenta decadencia.

896 F. GARRIDO FALLA, "Corporación", op. cit., p. 758. Asimismo, sobre el origen y la evolución jurídica de estas corporaciones, vid. S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, op. cit., pp. 141 y ss.; también de la misma autora, "La liquidación de las Cámaras de la Propiedad Urbana", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 805 y ss.; y, L. COSCULLUELA MONTANER, "Nuevas tendencias en la regulación de las corporaciones de derecho público en el Derecho español", op. cit., pp. 355 y ss.

897 Así lo refiere, en particular, S. DEL SAZ, "La liquidación de las Cámaras de la Propiedad Urbana", op. cit., pp. 809 y ss., quien subraya la ausencia en su régimen jurídico de prerrogativas propias del poder público o exorbitancias en más respecto del Derecho común.

Un año más tarde se suprime expresamente la incorporación obligatoria a las mismas, que cabía considerar implícita en la medida anterior por cuanto eliminaba la cuota forzosa, por medio de la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, que habilita al Gobierno para que proceda a "adoptar este principio al régimen legal de las Cámaras"[898].

No se hizo esperar la supresión de su carácter o naturaleza en cuanto corporaciones de derecho público, correlativo lógico de las medidas adoptadas en este sentido por las leyes presupuestarias para 1988 y 1989. Y así, la Disposición Final Décima de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, sanciona con carácter básico, en su apartado primero, que "las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y el Consejo Superior de las mismas, reguladas por el Real Decreto 1649/1977, de 2 de junio, quedan suprimidas como corporaciones de derecho público, desapareciendo, en consecuencia, la referencia a las mismas contenida en el artículo 15.1 a) de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico"[899].

La Sentencia del Tribunal Constitucional 178/1994, de 16 de junio, declaró la inconstitucionalidad de esta Disposición, por la insuficiencia y consiguiente inadecuación formal de la Ley presupuestaria como marco normativo para sancionar la liquidación de estas Cámaras.

Y es que, "la Disposición impugnada, por su contenido y finalidad, es una norma reguladora, aunque sea en clave negativa, de la naturaleza y el régimen jurídico de un tipo concreto de Administraciones Públicas", siendo evidente "que no puede ser encuadrada en lo que este Tribunal ha definido como núcleo mínimo, necesario e indisponible de las Leyes de Presupuestos Generales". La supresión de las Cámaras de la Propiedad Urbana no guarda tampoco "relación directa con los ingresos o gastos del Estado" ni "con los criterios de política económica en que se inspira el presupuesto", sin que pueda entenderse que "sea complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno". La Sentencia concluye, en consecuencia, que la Disposición Adicional impugnada "es contraria

898 Entiende, asimismo, implícita la desaparición del principio de adscripción obligatoria en la eliminación de la cuota y, por tanto, financiación forzosa de la Cámara por todos los propietarios urbanos, S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, op. cit., p. 146.

899 Habilita, asimismo, al Gobierno para que establezca, en este sentido, el régimen y destino del patrimonio y personal de las mismas mediante Real Decreto, que deberá respetar, en todo caso, los requerimientos y límites enunciados por el apartado segundo de esta Disposición, definiéndose en el tercero el régimen transitorio aplicable a las Cámaras hasta tanto entre en vigor la regulación reglamentaria prevista.

a la Constitución por estar contenida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (artículo 134.2 de la Constitución)"[900].

Ahora bien, el Tribunal Constitucional declara una inconstitucionalidad meramente formal, por cuanto reconoce en el mismo pronunciamiento la constitucionalidad de la decisión del legislador estatal de proceder a la supresión con carácter básico de las Cámaras de la Propiedad Urbana en cuanto corporaciones de derecho público[901], de forma que, al amparo de sus competencias propias en la materia, "las Comunidades Autónomas mantienen intacta su facultad de actuación para dotar a las organizaciones de propietarios de fincas urbanas del régimen jurídico que consideren procedente, con la sola limitación de que ese régimen jurídico no sea el de las corporaciones de derecho público, lo que ha quedado expresamente excluido por la legislación del Estado"[902].

Un pronunciamiento acorde, por lo demás, con la anterior Sentencia del Tribunal Constitucional 113/1994, de 14 de abril, en la que se ampara la eliminación de la adscripción obligatoria a estas Cámaras por entender que encauzan un interés social "difuso", de naturaleza "sectorial", en cualquier caso, pero sin que quepa hablar en ellas de la representación de intereses propiamente públicos o, tan siquiera, generales.

En cumplimiento de las exigencias formales enunciadas por el intérprete constitucional, el Estado aprobará finalmente el Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto, por el que se suprimen las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y su Consejo Superior como corporaciones de derecho público; norma complementada, poco tiempo después, por el Real Decreto 2308/1994, de 2 de diciembre, que establece el régimen y destino del patrimonio y personal de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y de su Consejo Superior.

Las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, han optado mayoritariamente por continuar con la línea inaugurada en tal sentido por el legislador estatal, disponiendo la disolución de estas entidades en su ámbito territorial y concretando el régimen y destino tanto de su personal como de su patrimonio[903],

900 FJ 5.

901 Decisión política que compete, en cualquier caso, al legislador, tal y como subraya L. COSCULLUELA MONTANER, "Nuevas tendencias en la regulación de las corporaciones de derecho público en el Derecho español", op. cit., p. 355, "como *contrarius actus* del otorgamiento en su día de tal carácter".

902 FJ 4. Sobre las competencias autonómicas en la materia respecto a la supresión de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, vid. S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, op. cit., pp. 162 y ss.

903 Así, los Decretos 16/1991, de 21 de enero, de la Comunidad Valenciana; 62/1994, de 28 de octubre, de La Rioja; 7/1995, de 26 de enero, de Aragón; 145/1995, de 24 de mayo, de Canarias; 80/1995, de 29 de

si bien cabe citar aún algunas Autonomías en las que persiste la organización de la Cámara de la Propiedad Urbana reconducida ahora a los más estrechos márgenes de la asociación de Derecho privado[904].

d) Otras entidades corporativas para la representación y defensa de intereses económicos.

Las organizaciones camerales referidas *supra* constituyen, sin lugar a dudas, los exponentes tradicionales más significativos de las que se han dado en denominar corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos. Se encuentran inmersas, innegablemente, en un lento declinar que ha ido despojándolas paulatinamente de aquellos rasgos más propiamente corporativos, y, en particular, de aquellas funciones públicas que han desempeñado tradicionalmente, para dejarlas finalmente reducidas a organizaciones asociativas de naturaleza puramente privada, cuando no para certificar su defunción y supresión de la vida jurídica.

Así ha sucedido con las Cámaras Agrarias y las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, cuyos pasos siguen muy de cerca, a la vista de la evolución más reciente de nuestro ordenamiento jurídico, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. En este contexto, no cabe duda que carece de relevancia cualquier referencia a la potestad administrativa sancionadora, por cuanto las Cámaras citadas carecen o han sido privadas, en la medida en que subsistan aún, de cualquier potestad disciplinaria sobre sus miembros o asociados.

Ahora bien, junto a las citadas entidades camerales cabe apreciar, asimismo, la existencia y articulación de otras organizaciones o instituciones privadas de base asociativa cuya configuración como corporaciones de derecho público encuentra sanción expresa en nuestro ordenamiento jurídico o resulta, cuando menos, posible y discutible a raíz de sus caracteres, funciones y régimen jurídico propios.

Destacan así, a título de ejemplo, las comunidades de usuarios de recursos hidráulicos, en particular, las comunidades de regantes, o las cofradías de pescadores, cuyo carácter corporativo se desprende, en particular, de los artículos 82

agosto, de Castilla-La Mancha; 86/1996, de 20 de febrero, de Andalucía; 178/1996, de 15 de abril, de la Comunidad Foral de Navarra; 1/1997, de 9 de enero, del Principado de Asturias; 46/1999, de 11 de febrero, de Galicia; 97/2000, de 30 de junio, de Islas Baleares; 17/2003, de 13 de febrero, de la Comunidad de Madrid; o, 15/2006, de 31 de enero, del País Vasco.

904 Así, en particular, la regulación sancionada por la Ley 5/2006, de 16 de junio, de Cámaras de la Propiedad Urbana de Castilla y León y su Consejo General.

del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio[905], y 1 del Real Decreto 670/1978, de 11 de marzo, sobre Cofradías de Pescadores[906].

Por lo que se refiere, en primer lugar, a las comunidades de usuarios de recursos hidráulicos, señaladamente, las comunidades de regantes, se encuentran reguladas en los artículos 81 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Aguas. Tienen el carácter de corporaciones de derecho público, adscritas al Organismo de cuenca correspondiente[907]. Su constitución y la adscripción, por tanto, de los correspondientes usuarios del agua y otros bienes del dominio público hidráulico es obligatoria conforme al artículo 81.1, adoptando la comunidad resultante la denominación que mejor caracterice el destino del aprovechamiento colectivo[908].

Toda comunidad de usuarios se articula, en cuanto a su organización interna, en torno a una junta general o asamblea, una junta de gobierno y uno o varios jurados, a los que corresponde, en función del artículo 84.6 del Texto Refundido, "conocer las cuestiones de hecho que se susciten entre los usuarios de la comunidad en el ámbito de las ordenanzas e imponer a los infractores las sanciones reglamentarias, así como fijar las indemnizaciones que puedan derivarse de la infracción". A ellos corresponde imponer, en última instancia, las infracciones y sanciones en

905 Dispone su apartado primero que "las comunidades de usuarios tienen el carácter de corporaciones de derecho público, adscritas al Organismo de cuenca, que velará por el cumplimiento de sus estatutos u ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento. Actuarán conforme a los procedimientos establecidos en la presente Ley, en sus reglamentos y en sus estatutos y ordenanzas, de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

906 Conforme al apartado primero de este precepto "las cofradías de pescadores son corporaciones de derecho público, que actúan como órganos de consulta y colaboración con la Administración sobre temas de interés general y referentes a la actividad extractiva pesquera y su comercialización, especialmente en los sectores artesanal y de bajura. Gozan de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Sus competencias no limitarán la libertad sindical ni los derechos que la Ley 19/1977, de 1 de abril, reconoce a las organizaciones de empresarios y de trabajadores de la pesca". Para S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, op. cit., p. 129, no hay duda que se trata de un modelo alejado de los principios tradicionales de estas instituciones, que habían respondido durante siglos al modelo asociativo, y desvirtuado por el reconocimiento de la adscripción voluntaria.

907 T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Sobre la naturaleza de las comunidades de regantes", op. cit., p. 290, subraya, a este respecto, cómo la naturaleza de las comunidades de regantes "ha sido y sigue siendo un tema polémico, como lo son, en principio, todos los que se engloban bajo el equívoco rótulo de corporaciones de derecho público". En cualquier caso, la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 24, reconoce y admite su carácter de corporación de derecho público.

908 Es más, de acuerdo con el artículo 81.4 del Texto Refundido, el Organismo de cuenca podrá imponer, cuando el interés general así lo exija, la constitución de los distintos tipos de comunidades y juntas centrales de usuarios. El Texto Refundido contempla en su artículo 85 la pervivencia, además, de otras organizaciones tradicionales, aprovechamientos colectivos, que hasta ahora hayan tenido un régimen consignado en ordenanzas debidamente aprobadas, y que continuarán sujetos a las mismas mientras los usuarios no decidan su modificación de acuerdo con ellas. Del mismo modo, el precepto dispone que allí donde existan jurados o tribunales de riego, cualquiera que sea su denominación peculiar, continuarán con su organización tradicional.

la materia "de acuerdo con la costumbre y el procedimiento propio de los mismos, garantizando los derechos de audiencia y defensa de los afectados"[909].

En cuanto a las cofradías de pescadores, entidades de honda tradición histórica[910], carecen *stricto sensu* de potestad sancionadora, por cuanto su norma reguladora, de rango reglamentario[911], tan sólo les confía, en su artículo 2, funciones de tipo consultivo, para la "preparación, aplicación y elaboración de normas que afecten a temas de interés general pesquero", y de colaboración con la Administración "sobre acciones o reformas para el desarrollo y mejora de la industria extractiva de la pesca y su comercialización, contemplados en función del interés común del sector", y, en particular, con el Instituto Social de la Marina.

Podrán desarrollar, asimismo, en virtud del precepto citado, funciones, delegadas o propias, en su ámbito territorial, que sean "de general interés para la actividad extractiva del sector pesquero", así como obras y servicios, ya sea directamente o en colaboración, concierto o participación con entidades de cualquier naturaleza jurídica, incluidas las Administraciones Públicas, cuando resulten necesarias "para el mejor cumplimiento de sus fines".

Pese a ser expresamente calificadas como corporaciones de derecho público, la afiliación de los pescadores a las mismas es libre[912], resultando mucho más importante y de mayor entidad su actividad privada, desarrollada en relación con finalidades asistenciales hacia sus miembros y sociales referidas a la ordenación de la actividad pesquera, que la relacionada propiamente con la Administración Pública[913]. De ahí que Del Saz se haya mostrado crítica con la restauración y regulación de las cofradías de pescadores efectuadas en 1978, por cuanto sostiene

909 De estos Jurados, el más famoso es el Tribunal de las Aguas de Valencia.

910 Así lo subraya, entre otros, L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 321, quien remonta su origen al siglo XI. Vid., en particular, sobre su origen y evolución histórica, S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, op. cit., pp. 127 y ss.; y, con mayor profundidad, M. REBOLLO PUIG, R. FALCÓN Y TELLA y M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y régimen jurídico de las cofradías de pescadores*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, pp. 9 y ss.

911 Conviene recordar, en este punto, que la atribución de la titularidad de la potestad sancionadora exige la aprobación de norma con rango de ley.

912 No se aborda la cuestión en la normativa estatal actualmente vigente en materia de cofradías de pescadores, si bien el mutismo normativo ha sido entendido favorable al principio de libre adscripción. Vid., a estos efectos, M. REBOLLO PUIG, R. FALCÓN Y TELLA y M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y régimen jurídico de las cofradías de pescadores*, op. cit., pp. 122 y ss.

913 L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 321. Para R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 316, responden al "tipo cameral" y mantienen el rasgo, "típico del corporativismo fascista", de unir en una misma corporación a trabajadores y empresarios, en este caso particular, a pescadores y armadores de barcos. Sobre las implicaciones de su calificación como corporaciones de derecho público, M. REBOLLO PUIG, R. FALCÓN Y TELLA y M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y régimen jurídico de las cofradías de pescadores*, op. cit., pp. 29 y ss.

que el modelo instaurado "ni puede encuadrarse entre el asociacionismo privado ni, como se pretende, responde al modelo de corporación pública", sin que su calificación corporativa aporte otra cosa que "ambigüedad y dudas"[914].

No quedan aquí los entes cuya naturaleza corporativa cabe inferir implícita o explícitamente de la normativa vigente. Junto a los citados cabe hacer referencia a las juntas de compensación u otras entidades urbanísticas colaboradoras previstas en idéntico sentido por la legislación autonómica[915], a las asociaciones administrativas de propietarios de fincas forestales[916], al Comité Nacional de Transportes de Carretera definido como entidad corporativa de base privada por el artículo 58 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, o a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos, calificada de "corporación de derecho público con personalidad jurídica propia", por el artículo 52 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Mención aparte merecen, en concreto, los Consejos Reguladores de las denominaciones de origen, que son, asimismo, ejemplo destacado de la compleja diversidad de entidades corporativas que asumen, en nuestro ordenamiento jurídico, la representación, tutela y defensa de intereses económicos que no cabe calificar sino de primer orden. Su naturaleza se encuentra a medio camino de las asociaciones estrictamente privadas y las corporaciones de derecho público, etiqueta que les extiende y aplica de forma expresa la legislación aprobada en la materia por alguna Comunidad Autónoma, que les encomienda todas las funciones relativas a la gestión de los signos distintivos del producto correspondiente y, en especial, del vino[917].

914 S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, op. cit., pp. 129 y ss. La autora refiere, en cualquier caso, pp. 134 y ss., la recepción y el desarrollo de este modelo corporativo por la legislación autonómica. Asimismo, sobre la regulación autonómica de las cofradías de pescadores, vid. M. REBOLLO PUIG, R. FALCÓN Y TELLA y M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y régimen jurídico de las cofradías de pescadores*, op. cit., pp. 25 y ss.

915 Se refiere a ellas L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 327.

916 Citadas, en este sentido, por J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, p. 501.

917 Vid., con mayor profundidad, sobre la naturaleza jurídica de estos Consejos Reguladores, M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Las Denominaciones de Origen*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 137 y ss. Vuelve de nuevo este autor sobre la cuestión, al hilo del nuevo modelo organizativo de los Consejos Reguladores vitivinícolas y la debida separación entre las funciones de gestión y las de control y certificación, en "El momento actual de las denominaciones de origen vitivinícolas", en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (Coord.), *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo Estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 410 y ss., para afirmar que han pasado de órganos administrativos desconcentrados "a no se sabe bien qué, pero con personalidad jurídica". Asimismo, sobre los fines de la denominación de origen y su encuadramiento entre los modos de acción administrativa, T. PRIETO ÁLVAREZ, "Las denominaciones de origen, especialmente en el sector del vino", en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (Coord.), *Derechos*

3. Corporaciones de naturaleza asistencial: la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE).

Ocupa un lugar absolutamente singular en el universo de las corporaciones de derecho público en nuestro país la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), por cuanto se trata de la única corporación, calificada como tal de forma expresa por el legislador, dedicada a una finalidad o función eminentemente asistencial o social[918].

Su origen se remonta a tiempos republicanos, debiéndose su creación a un Decreto de 6 de abril de 1934, si bien bajo el nombre entonces de Patronato Nacional de Protección de Ciegos. En la actualidad su reordenación se ha debido al Real Decreto 358/1991, de 15 de marzo, cuyo artículo 1 reitera su definición, vigente desde 1985 y afectada recientemente por la aprobación del Real Decreto 394/2011, de 18 de marzo, como "corporación de derecho público, de carácter social, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar y de autoorganización, cuyos fines sociales se dirigen a la consecución de la autonomía personal y plena integración de las personas ciegas y con deficiencia visual grave, mediante la prestación de servicios sociales, que ejerce en todo el territorio español funciones delegadas de las Administraciones Públicas, bajo el protectorado del Estado".

Sus fines, definidos en el artículo 2, están dirigidos a la consecución de "la autonomía personal y plena integración social, igualdad de oportunidades y no discriminación y al disfrute efectivo de los derechos de ciudadanía de sus aficiliados" e incluyen funciones de participación y colaboración con las Administraciones Públicas para la ejecución de las políticas pertinentes y en la satisfacción de intereses propiamente privados de las personas con minusvalía que podrán optar, voluntariamente, por su afiliación a la organización.

Pese a ser definidas como corporaciones de derecho público la supresión de la adscripción obligatoria y la ausencia de funciones o competencias públicas de entidad en sus manos, entre otras, una posible potestad administrativa sancionadora, ponen en duda su catalogación corporativa *stricto sensu* por cuanto los

sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo Estatuto del PDI universitario, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 478 y ss.

[918] Vid., sobre su naturaleza jurídica y fines, R. DE LORENZO GARCÍA, "La Organización Nacional de Ciegos Españoles: breve estudio de una organización singular", en *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993, pp. 249 y ss.

caracteres propios de este tipo de corporaciones aparecen en gran medida desdibujados en la ONCE[919].

4. Las federaciones deportivas, ¿corporación de derecho público o *tertium genus*?

Diverso es el supuesto, en fin, de las federaciones deportivas, al que se refiere, en particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1985, de 24 de mayo[920]. Dictada con anterioridad a la aprobación de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, sostiene que las federaciones deportivas "se configuran como instituciones privadas, que reúnen a deportistas y asociaciones dedicadas a la práctica de una misma modalidad deportiva […] si bien se estimula la adscripción a la respectiva federación en cuanto constituye un requisito para que los clubs deportivos puedan participar en competiciones oficiales y en cuanto canalizan la asignación de subvenciones. Y, por otra parte, la Ley no impide en absoluto la constitución de otras asociaciones formadas por deportistas y asociaciones dedicadas a la misma modalidad deportiva, con fines privados"[921].

Se trata de un razonamiento que plantea, sin lugar a dudas, algunas objeciones de base y que ha agravado la polémica sobre la naturaleza de estas entidades[922]. ¿Cómo es posible afirmar, en definitiva, que no se recoge en la legislación una adscripción obligatoria a las federaciones deportivas, sino que ésta tan sólo se "es-

[919] En idéntico sentido, si bien al amparo del anteriormente vigente Real Decreto 2385/1985, de 27 de diciembre, L. COSCULLUELA MONTANER, "Nuevas tendencias en la regulación de las corporaciones de derecho público en el Derecho español", op. cit., pp. 359 y ss.

[920] No en vano, la Constitución de 1978 incorpora por primera vez en la historia constitucional española una referencia explícita al deporte. Sobre su relevancia jurídico-constitucional, significado y efectos, vid., en particular, J. BERMEJO VERA, "Constitución y ordenamiento deportivo", en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo II, pp. 1.524 y ss.; y, E. GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, "Las entidades deportivas de carácter no lucrativo", en *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993, pp. 512 y ss. Vid. el comentario que efectúa a la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1985, de 24 de mayo, J. ESTEVE PARDO, "Las asociaciones de configuración legal. El caso de las federaciones deportivas", *REDA*, núm. 45, enero-marzo 1985, pp. 113 y ss.

[921] FJ 4.

[922] Se refieren a la polémica naturaleza de estas federaciones J. BERMEJO VERA, "Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares", op. cit., p. 313, quien sostiene que se trata de una "cuestión importante y muy discutida"; A. CAMPS POVILL, *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 108 y ss.; M. FUERTES LÓPEZ, *Asociaciones y sociedades deportivas*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 101 y ss.; y, M. SILVA DE LAPUERTA, "La Administración deportiva", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 419 y ss., para quien el debate al respecto se plantea, precisamente, en aquellos países en que ejercen funciones públicas.

timula", si resulta absolutamente necesaria para la participación en competiciones oficiales y, por tanto, para el ejercicio deportivo profesional?[923]

En cualquier caso, el Alto Tribunal no tiene inconveniente en compatibilizar la doctrina expuesta con el reconocimiento de la constitucionalidad de las funciones públicas confiadas por el legislador o delegadas por la Administración a estas federaciones, algunas de ellas de la entidad de la potestad normativa reglamentaria o la potestad disciplinaria[924]. Funciones que no las convierten *per se* en corporaciones de derecho público, sino en "un tipo de asociaciones a las que la Ley atribuye el ejercicio de funciones públicas", justificándose con ello "que se exijan determinados requisitos para su constitución, dado que no se trata de asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 de la Constitución"[925].

Pese a la oportunidad del legislador de clarificar posteriormente la situación legal de las federaciones deportivas, obviando los inconvenientes y las incógnitas suscitadas por la doctrina del Tribunal Constitucional en 1985, y de reconducir, en definitiva, el fenómeno federativo al de los entes propiamente corporativos, tanto la Ley del Deporte de 1990, como las regulaciones autonómicas aprobadas en la materia, han optado por adoptar la terminología un tanto equívoca de la Sentencia constitucional citada, calificando a las federaciones deportivas de asociaciones privadas de configuración legal, a modo de *tertium genus* entre las corporaciones de derecho público y las asociaciones privadas *stricto sensu*[926]. Se abunda así y dificulta aún más la adecuada delimitación y caracterización de la corporación de derecho público, ante la coexistencia, denunciada por Fernández Farreres, de un

[923] Sobre la obligatoriedad del asociacionismo deportivo, vid., con mayor profundidad, J. BERMEJO VERA, "Constitución y ordenamiento deportivo", op. cit., pp. 1.538 y ss.; y, M. FUERTES LÓPEZ, *Asociaciones y sociedades deportivas*, op. cit., pp. 19 y ss.

[924] Se refiere a las vertientes tanto pública como privada presentes en el deporte y a la polémica doctrinal desatada, en consecuencia, sobre esta cuestión, J. BERMEJO VERA, "Entes instrumentales para la gestión de la función pública del deporte: las federaciones deportivas", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 303 y ss. Profundiza, asimismo, en el deslinde de las funciones federativas de naturaleza pública y privada M. SILVA DE LAPUERTA, "La Administración deportiva", op. cit., pp. 422 y ss. En particular, sobre las cuestiones planteadas por el ejercicio de la disciplina deportiva, J. BERMEJO VERA, "Constitución y ordenamiento deportivo", op. cit., pp. 1.545 y ss.; y, del mismo autor, "Deporte, potestad disciplinaria", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 228 y ss., donde profundiza en las características y diversidad de la disciplina deportiva, diferenciando, en particular, la privada y aquella que se ejerce, en cambio, como función pública; así como, en fin, A. CAMPS POVILL, *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, op. cit., pp. 229 y ss., sobre el ejercicio de sus potestades reglamentaria y disciplinaria; y, J. LAMANA PALACIOS y M. GARCÍA DUARTE, "Deportes", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo II, pp. 693 y ss.

[925] FJ 4.

[926] Solución inaceptable en opinión de R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo II, p. 306. Pese a ello, no cabe duda que confluyen en las federaciones deportivas caracteres que las aproximan de forma decidida a las corporaciones sectoriales de base privada.

gran número de entidades y corporaciones que no responden, más allá del mero *nomen*, a un modelo claramente definido y predeterminado[927].

5. Conclusión.

A la vista de estas pinceladas, necesariamente gruesas y a vuelapluma, dejando de lado la compleja diversidad corporativa existente, no cabe sino concluir que a la ausencia de una ley común y general que defina con cierta precisión los rasgos y el régimen jurídico mínimo que resulte de aplicación a todos estos entes corporativos, a modo –al menos en su vocación original– de la LOFAGE para la Administración institucional de la Administración General del Estado, se une, además, la sanción por el legislador, tanto estatal –en forma de bases–, como autonómico –en forma de desarrollo–, de una diversidad de regímenes jurídicos del todo particularizados que han matizado, en ocasiones hasta extremos prácticamente irreconocibles, aquellas funciones y elementos primigenios procedentes del ámbito del Derecho público, avivando, en consecuencia, el debate doctrinal sobre la oportunidad de su calificación actual como auténticas Administraciones Públicas o, en términos de la postura tradicionalmente aceptada en esta materia, como Administraciones *secundum quid*[928].

Y así, ha habido autores que, enfrentados a la cascada de argumentos dados en orden a la consideración de las corporaciones de derecho público como auténticas Administraciones Públicas o como meras entidades privadas colaboradoras de las mismas, se han referido a lo inútil y bizantino del debate[929]. Lo realmente importante es, en definitiva, la identificación y el deslinde de las funciones y, en su caso,

[927] G. FERNÁNDEZ-FARRERES, "Corporaciones de derecho público", op. cit., pp. 366 y ss.

[928] M. LÓPEZ BENÍTEZ y M. REBOLLO PUIG, "Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18º de la Constitución a entes no administrativos", op. cit., p. 520, niegan, en este sentido, su naturaleza administrativa, si bien afirman que "están de tal forma ligadas a las Administraciones que sí forman parte del sistema general de organización administrativa", de manera que su regulación "sin dejar de ser tal, es al mismo tiempo regulación de las Administraciones en cuyas funciones colaboran o asesoran y a cuya tutela quedan sometidas". Asimismo, E. ORTEGA MARTÍN, "Las potestades administrativas de las corporaciones públicas", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 195 y ss., se refiere al debate sobre su definición como Administraciones y al papel que juega, en este sentido, la atribución a las mismas de potestades administrativas.

[929] Así, J. TORNOS MAS, "Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación", op. cit., p. 791, considera "indiferente" determinar "si estamos o no ante una Administración Pública", por cuanto "lo relevante es que el régimen jurídico aplicable se modula en función de la actividad que se realiza". También J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., Tomo I, p. 500, sostiene que "no tiene sentido alguno" el debate, tratándose de "algo enteramente convencional" la calificación de un ente como público o privado.

potestades públicas que el legislador o la Administración Pública competente decidan confiar o delegar en estos entes corporativos.

En todo caso, y desde la perspectiva sancionadora que aquí interesa, cabe afirmar una especial trascendencia del ejercicio de la potestad disciplinaria por los colegios profesionales. Así se desprende de la atención que han prestado a esta cuestión tanto la doctrina científica como el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia contencioso-administrativa en los múltiples litigios que se han planteado respecto de las sanciones impuestas por corporaciones colegiales y su posible vulneración no sólo de las garantías constitucionales articuladas al efecto sino de los derechos constitucionales a la libre elección y ejercicio profesional.

C) EN PARTICULAR, EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL COLEGIO PROFESIONAL.

1. La potestad normativa del colegio: las normas deontológicas aplicables al ejercicio profesional.

a) Legitimidad de la potestad normativa colegial.

El artículo 5 de la LCP enuncia las funciones encomendadas a la institución colegial. Conforme a sus apartados i) y t), corresponde al colegio profesional "ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial", así como, por otra parte, "cumplir y hacer cumplir a los colegiados las leyes generales y especiales y los estatutos profesionales y reglamentos de régimen interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiales, en materia de su competencia".

Esta ordenación de la actividad o ejercicio profesional de los colegiados representa, en última instancia, una función esencial y consustancial a la propia existencia del colegio profesional. Integra, en definitiva, ese contenido nuclear objeto de protección por la garantía institucional constitucionalizada en el artículo 36 de nuestra Carta Magna, erigiéndose, precisamente por ello, en elemento imprescindible e insustituible en todo ente colegial[930].

[930] Así lo sostienen, en particular, G. ARIÑO ORTIZ y J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, *Constitución y colegios profesionales*, op. cit., pp. 122 y ss., para quienes la esencia de los colegios profesionales se sintetiza

De esta forma, al socaire de la potestad normativa que cabe entender implícita en el enunciado del artículo 36 de la Constitución y cuya atribución les es reconocida expresamente por la vigente LCP de 1974, los colegios profesionales podrán imponer y exigir el cumplimiento de deberes concretos a sus colegiados a través de los Estatutos y reglamentos de régimen interior de la institución, así como, en su caso, mediante otras disposiciones y normas adoptadas, a estos efectos, por los órganos colegiales[931]. Obligaciones cuyo incumplimiento podrá ser debidamente sancionado por el colegio correspondiente en ejercicio de su potestad disciplinaria.

Se trata, en todo caso, de una potestad normativa refrendada explícitamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Destaca, en tal sentido, el extenso y pormenorizado razonamiento que recoge al respecto la Sentencia de 13 de junio de 1989 (Ar. 4664), en la que se afirma que "los colegios pueden conceptuarse como corporaciones de derecho público reconocidas por la Constitución española […], y dotadas de potestad normativa para la ordenación del ejercicio de las profesiones, si bien tales normas revisten el carácter de reglamentarias materiales incardinadas a la propia Ley de Colegios de 13 de febrero de 1974 […], bien directamente o a través de los respectivos Estatutos Generales. Y su contenido vendrá formado por aquellos aspectos necesitados de regulación para asegurar el orden profesional que al colegio tiene encomendado y que no han sido objeto de regulación mediante normas dictadas por otros órganos del poder público con superior competencia. Por otra parte, las normas emanadas de los colegios en ordenación de las profesiones satisfacen en sí mismas, el principio de consentimiento de los obligados, en razón de la colegiación obligatoria y del funcionamiento democrático de los órganos de gobierno. Y sin que pueda olvidarse que el colegiado se encuentra sujeto a una relación de supremacía especial, implicando, entre otros deberes, el específico de la adecuación a la dignidad de la profesión, rechazo de la competencia desleal, etc. Y en definitiva, la validez de tales normas orgánicas vendrá determinada por la adecuación que presenten respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto, dado que […] el artículo 36 de la Constitución española no excluye la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias que han de moverse dentro del ámbito que le es propio, pero sin que quepa descalificación global". Concluye, en definitiva, al amparo de la jurisprudencia mantenida, entre otras, por Sentencias anteriores de 29 de febrero de 1988 y 16 de marzo de 1989,

en los fines de representación institucional de la profesión y ordenación de su ejercicio. Recientemente, en idéntico sentido, L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 622 y ss.

[931] Vid., en este sentido, A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", op. cit., p. 121; y, F. GONZÁLEZ NAVARRO, "El sistema normativo de los colegios profesionales. Propuesta de un modelo para su interpretación teórica y aplicativa", en L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (Dir. y Coord.), *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 2.965 y ss. A estas normas escritas añade J. GÁLVEZ MONTES, *La organización de las profesiones tituladas*, op. cit., pp. 223 y ss., la norma consuetudinaria colegial.

que la LCP de 1974 "presta habilitación suficiente a los colegios oficiales para determinar aspectos orgánicos del ejercicio profesional, sino también limitaciones deontológicas a la libertad de ejercicio profesional de los colegiados, etc."[932].

El Tribunal Constitucional ha ratificado, por su parte, de forma expresa esta doctrina y, por ende, la potestad normativa del colegio profesional, en varios de sus pronunciamientos. Así, la Sentencia 89/1989, de 11 de mayo, subraya cómo la trascendencia de los fines encomendados a la corporación profesional exige, necesariamente, "un conjunto normativo estatutario, elaborado por los miembros del Colegio y sancionado por el poder público, que permitirá, a la vez, la posibilidad de recursos y la legitimación para interponerlos, tanto por los colegiados como por personas ajenas al Colegio, pero no ajenas al ejercicio de la profesión, sean clientes, sean interesados extracontractuales, en su caso, es decir, según la profesión de que se trate"[933].

También se refiere a esta potestad reglamentaria la Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, en la que, independientemente de su recurso a la discutida categoría de la relación de sujeción especial, se reconoce la potestad normativa colegial con fundamento en el artículo 36 de la Constitución, así como la validez de las remisiones legales efectuadas a la misma por la LCP para la ordenación y disciplina profesional[934].

El ejercicio por el colegio profesional de estas facultades normativas constituye así, en última instancia, un supuesto típico de autoordenación que excede de los estrechos confines de la autonormación u organización *stricto sensu* de la institución para alcanzar una indudable eficacia externa por cuanto incide, al amparo del artículo 36 de la Constitución y del enunciado de la LCP, sobre el propio ejercicio profesional, esto es, sobre la forma en que se sustancia y garantiza la adecuada prestación del servicio profesional, y sobre los intereses concretos de terceros ajenos, en principio, a la organización colegial, en la medida en que puedan entablar relación profesional con alguno de sus miembros[935].

[932] Fundamento de derecho tercero.

[933] FJ 5.

[934] FJ 3. Para A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", op. cit., p. 122, lo realmente "importante en esta Sentencia" es, precisamente, el reconocimiento de la potestad normativa del colegio profesional.

[935] A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", op. cit., p. 121, se refiere a esta distinción, efectuada en función del alcance y de la eficacia general o externa de la potestad normativa correspondiente. En cualquier caso, para F. TEJEDOR JORGE y J. J. TORRES FERNÁNDEZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las corporaciones de derecho público", op. cit., p. 708, la autorregulación de los colegios profesionales representa, además, un "elemento axial de la independencia del colegio frente a los poderes públicos", por cuanto garantiza la de sus colegiados en el ejercicio de su función.

Cuestión distinta, sin embargo, es que no pueda discutirse la actual articulación de esta potestad reglamentaria ante una cobertura legal, la que ofrece la LCP de 1974, que cabe considerar francamente inadecuada y, precisamente por ello, clamorosamente insuficiente a efectos de cumplir con la reserva de ley que establece el constituyente no sólo para la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas, en el artículo 36 del texto constitucional, sino, concretamente, como garantía formal en el ámbito administrativo sancionador, conforme al artículo 25.1 de la Constitución, estudiado *supra*[936].

Obligada a pronunciarse sobre esta difícil cuestión y, por tanto, sobre la posible legalidad y validez de las normas reglamentarias concretamente aprobadas por los colegios profesionales, la jurisprudencia ha optado por un criterio claramente pragmático y sumamente casuístico. De esta forma, si bien cabía la posibilidad de que se pronunciara a favor de una cierta flexibilización en la relación del binomio ley-reglamento en el ámbito colegial sobre la base del carácter preconstitucional de la LCP, ha recurrido finalmente, sin embargo, a su modulación bajo la bandera de la siempre polémica relación especial de sujeción[937].

Categoría que no sólo se invoca para flexibilizar las exigencias del principio de legalidad en relación con los reglamentos colegiales, sino para legitimar, incluso, la propia titularidad de las potestades normativa y sancionadora por parte del colegio profesional.

Y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1978 (Ar. 565) afirma explícitamente que "junto al aspecto, históricamente más destacable, pero en la actualidad no único, de defensa de los intereses colegiales, corresponden a estas instituciones corporativas, auténticas funciones públicas relacionadas con la regulación jurídica de las respectivas profesiones, que aparece entonces configurada por los principios y criterios de la legislación estatal y también por las propias normas complementarias dictadas por los colegios en el ámbito de su compe-

[936] S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 145 y ss., sostiene, en este sentido, que la potestad normativa colegial sólo puede ejercerse dentro de los límites marcados por las atribuciones otorgadas por la propia LCP, que deberán ser objeto, en todo caso, de una interpretación estricta, siendo así que las normas colegiales carecen de suficiente cobertura legal en la Ley de 1974, excesivamente vaga e indeterminada en sus términos, sin perjuicio de que las leyes reguladoras de cada profesión titulada u otras leyes específicas puedan contener habilitaciones o remisiones puntuales a la potestad ordenadora de los colegios que proporcionen, esta vez sí, suficiente cobertura legal al respecto.

[937] No en vano, chocan en la materia "dogmatismo y práctica", como denuncia H. HERNÁNDEZ MARQUÉS, "Colegios profesionales, facultades disciplinarias y principio de legalidad", *Boletín del ICAM*, núm. 11, febrero 1999, pp. 46 y ss., para quien la extensa tipificación de conductas infractoras y sanciones por las normas reglamentarias colegiales es "inaceptable porque supone desnaturalizar la potestad administrativa sancionadora liberando a la Administración, sin justificación cabal, de los límites necesarios que presiden sus restantes actividades precisamente en un campo donde los derechos subjetivos se encuentran más expuestos a lesión".

tencia, apareciendo como indudable, que si tales competencias le son asignadas, también deben tener los medios necesarios para hacerlas efectivas, a través de dos técnicas complementarias: una de carácter represivo, mediante el ejercicio de las facultades disciplinarias, y otra preventiva, que debe constituirse en modo normal de actuación, por las consecuencias más graves que el empleo de aquélla acarrea en relación al colegiado, encontrando una y otra su fundamento genérico, en la sujeción especial en que el profesional se encuentra en relación con el ente corporativo del que forma parte"[938].

El Tribunal Supremo ha diferenciado, en cualquier caso, las normas reglamentarias resultantes del ejercicio de la potestad normativa colegial según afecten, en última instancia, a terceros o usuarios del servicio profesional, o tan sólo, por el contrario, a los propios profesionales colegiados, por cuanto la relación especial de sujeción vincula exclusivamente al colegiado con la institución colegial, siendo por tanto diverso el alcance del principio de legalidad y su posible modulación en función del destinatario o sujeto realmente afectado por el contenido de la norma colegial.

Así se recoge, en todo caso, en su Sentencia de 30 de junio de 1992 (Ar. 6097), en la que se afirma de forma explícita que "en lo que concierne a la facultad de los colegios de defender los derechos e intereses profesionales, y velar por el prestigio e independencia y de decoro de clase tanto en las relaciones recíprocas de los arquitectos, como en las que mantengan con sus clientes, e incluso establecer normas para los trabajos profesionales debe ser interpretado de conformidad con la doctrina expuesta en los apartados anteriores en el sentido de que esa potestad de ordenación, que comprende la de regular los contratos no puede afectar a los derechos de los terceros que no estén limitados por una norma legal, y si sólo a los colegiados en el ámbito de sus derechos y obligaciones que dimanan de la sujeción especial que los vincula con los colegios"[939].

El recurso a la relación especial de sujeción en el ámbito del colegio profesional a fin de diluir, modular o flexibilizar las exigencias dimanantes del principio de legalidad en relación con el ejercicio de su potestad reglamentaria ha sido, en cualquier caso, confirmado por el propio Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia llega al máximo paroxismo al respecto en su Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, al admitir la posibilidad de sanción respecto de infracciones no

[938] Considerando duodécimo de la Sentencia apelada, aceptado por el Tribunal Supremo.

[939] Fundamento de derecho quinto.

definidas propiamente como tal en normas colegiales carentes de cualquier publicación[940].

b) Estatutos colegiales y reglamentos de régimen interior.

El ejercicio, en cualquier caso, de la potestad reglamentaria del colegio profesional se encuentra regulado por el artículo 6 de la LCP, cuyo enunciado diferencia entre los estatutos generales y particulares de los colegios y sus reglamentos de régimen interior[941]. Independientemente de la denominación o etiqueta concreta de cada una de estas categorías, las normas colegiales se van a caracterizar, en la mayor parte de las ocasiones, por su proyección tanto externa, en cuanto procuran asegurar el orden profesional, como simultáneamente interna, en todo lo que se refiera a la organización y funcionamiento colegiales[942].

Por lo que se refiere, en primer lugar, a los estatutos generales, son elaborados, para todos los colegios de una misma profesión, y una vez oídos éstos, por el Consejo General correspondiente, sometiéndose a la aprobación del Gobierno, a través del Ministerio competente. Parecida tramitación se seguirá en caso de no existir Consejo General por tratarse de un Colegio de ámbito nacional para dotar a éste de los estatutos correspondientes.

Deben recoger, al menos, las materias enunciadas por el artículo 6.3 de la LCP y, en particular, por lo que interesa a efectos de este estudio, los derechos y deberes de los colegiados [apartado b)], el régimen disciplinario [apartado g)], el régimen jurídico de los actos y de su impugnación en el ámbito corporativo [apartado i)], los fines y funciones específicas del colegio [apartado k)] y las demás materias necesarias para el mejor cumplimiento de estas funciones [apartado l)]. Establecen, en este sentido, una regulación profesional mínima y común a todo el territorio

[940] Se volverá sobre ello *infra*, al hilo del estudio de la potestad sancionadora en manos de los colegios profesionales. Su doctrina será expresamente asumida y reiterada poco tiempo después por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1990 (Ar. 3656).

[941] Siguiendo a M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los Colegios Profesionales en el Derecho administrativo español,* op. cit., p. 150, cabe identificar los estatutos con el conjunto de normas dictadas "para reglar su propia organización o, mejor, para completarla en aquellas partes que no haya sido reglada por la Ley general", recibiendo, en cambio, el nombre de reglamentos aquellas otras destinadas a regular las relaciones con sus componentes e incluso con el sujeto extraño a ellos.

[942] En este sentido, A. SALOM PARETS, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 155 y ss. Se trata, en cualquier caso, de un "variopinto muestrario de normas reguladoras de los colegios de rango infralegal", en expresión de M. SÁNCHEZ SAUDINÓS, *Los colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, op. cit., p. 239, para las que J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, *Naturaleza y caracteres de los colegios profesionales: notas para una ley reguladora*, op. cit., pp. 30 y ss., acuña la denominación de "ordenamiento colegial derivado". Vid., sobre la complejidad del sistema resultante, F. GONZÁLEZ NAVARRO, "El sistema normativo de los colegios profesionales. Propuesta de un modelo para su interpretación teórica y aplicativa", op. cit., pp. 2.965 y ss.

nacional. De ahí que el desarrollo autonómico en materia de ejercicio profesional sea muy limitado o prácticamente inexistente, ya que corresponde al Estado aprobar, en definitiva, aquellas previsiones indispensables que han de formar parte del estatuto general de la profesión.

No cabe entender que se ejercite propiamente en este caso la potestad normativa colegial, al menos de forma exclusiva, por cuanto la aprobación gubernamental parece remitir a su consideración como producto de la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación o, cuando menos, de una potestad normativa bifronte, en la medida en que su producción y eficacia exigen la concurrencia necesaria y sucesiva de las voluntades corporativa y administrativa[943].

Aun cuando el control gubernamental sea de mera legalidad, lo cierto es que sin la aprobación del Gobierno no cabe entender perfeccionada la norma. Así lo ha subrayado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de junio de 2003 (Ar. 4397), al recordar que "la aprobación de los estatutos por el Gobierno no es sólo un elemento de forma, sino que es una condición legal de la misma existencia de los estatutos en cuanto norma jurídica"[944].

De esta forma, la norma resultante se separa y distingue claramente, en cuanto no sólo a su procedimiento de aprobación sino, en particular, a su naturaleza jurídica, del resto de las normas reglamentarias estatales. Se refiere a esta cuestión de forma particularizada la Sentencia citada en último lugar, de 9 de junio de 2003, con un razonamiento que resulta del mayor interés a estos efectos.

El Tribunal Supremo sostiene, en este sentido, que "el procedimiento para elaborar el estatuto general de un colegio profesional tiene dos fases claramente diferenciadas: una corporativa y otra estatal", de forma "que estamos ante un procedimiento bifásico o, si se prefiere, complejo, o sea ante un procedimiento de procedimientos, y que el acto jurídico –de contenido normativo– que a través de él emerge, es un acto complejo, integrado por dos voluntades, cuya concurrencia es necesaria para que el estatuto general se perfeccione (la publicación posterior en el BOE es un requisito de eficacia)"; de forma que "el texto se elabora y se aprueba en la primera fase, la fase corporativa, a reserva de las eventuales observaciones que pueda formular el Gobierno, a fin de depurar el texto de posibles

943 El problema estriba, en opinión de L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., p. 237, en "determinar cuál es el grado de participación de cada uno en la gestación de un estatuto general", concluyendo el autor citado que al recaer sobre la responsabilidad colegial la primera fase de "elaboración" de la norma, los estatutos generales son, en última instancia, "una norma autónoma corporativa".

944 Fundamento de derecho segundo, en reiteración de la doctrina recogida en Sentencias anteriores de 16 de marzo, 6 y 17 de mayo de 1996 (Ar. 2778, 3955 y 4628).

ilegalidades […]. Por eso, el Gobierno no puede elaborar un nuevo texto o modificar el sometido a su aprobación; lo que puede hacer es negar su aprobación, expresando las razones de esa negativa, y devolver al Consejo el texto definitivo que éste le remitió para su reconsideración"[945].

Los estatutos particulares no tienen, en cambio, vocación de regulación de unos mínimos comunes a todo el ejercicio profesional, sino que se limitan a establecer las reglas de funcionamiento de cada colegio en particular. De ahí que sean elaborados por los propios colegios profesionales, de acuerdo con la LCP y con el estatuto general correspondiente, y aprobados tan sólo por el Consejo General competente, sin que sea preceptiva en ningún caso la intervención estatal o autonómica[946].

Asume un papel subsidiario respecto de estos estatutos el reglamento de régimen interior, norma destinada, en esencia, a desarrollar el estatuto particular, y a la que se refiere tan sólo de pasada la LCP, sin establecer un contenido propio tasado *a priori* para esta categoría normativa, que estaría, en definitiva, preferentemente encaminada a la regulación pormenorizada de la estructura, organización y funcionamiento de los colegios territoriales[947].

Ahora bien, la propia Ley de 1974 se refiere, además, en su artículo 5, apartado t), al margen de las normas estatutarias aplicables a la profesión colegiada correspondiente, a las "normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiales, en materia de su competencia", disposiciones internas que no exigen siquiera la aprobación por parte del Consejo General, pero que pueden llegar a erigirse, sin

945 Fundamento de derecho segundo. Vid., en este mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1990 (Ar. 7302), 5 de diciembre de 1992 (Ar. 10682), así como de 16 de marzo, 6 y 17 de mayo de 1996 (Ar. 2778, 3955 y 4628). Suscita, asimismo, especial interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2003 (Ar. 2643) y, en concreto, el voto particular formulado a la misma, ante la polémica desatada al respecto del procedimiento que cabría entender aplicable a la elaboración del Estatuto General de la Abogacía Española según sea calificado o no como disposición de carácter general aprobada por el Gobierno. Vid. el comentario que ofrece al respecto T. FONT I LLOVET, "La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoadministración corporativa", op. cit., pp. 265 y ss. También el Consejo de Estado ha tenido ocasión de terciar en esta cuestión a través de su Dictamen 41.786/1978, de 28 de septiembre, confirmado después por el 1.373/1992, de 12 de noviembre, en el que se afirma de forma expresa que los estatutos generales de una profesión carecen de generalidad, por cuanto su aprobación por el Consejo de Ministros "no cambia ni altera su naturaleza propia, cual es la de prescripciones orgánicas de carácter estatutario, atinentes a la organización y funcionamiento de los organismos colegiales y obligatorias para quienes forman parte de ellos". Cfr., con mayor profundidad, L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 228 y ss.; y, A. SALOM PARETS, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 156 y ss.

946 L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 276 y ss., realiza una minuciosa labor de reconstrucción de su régimen jurídico desde la síntesis que ofrece, en este sentido, la LCP, cuya regulación de los estatutos particulares resulta francamente parca e insuficiente por contraposición a la que recoge de los estatutos generales.

947 L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 297 y ss.

embargo, en fuente de deberes y obligaciones concretas para los colegiados. Con relativa frecuencia carecen de publicación, planteando, en consecuencia, importantes dudas acerca de su virtualidad como justificación y posible punto de partida para el ejercicio de la potestad disciplinaria del colegio.

Suelen comprender, en muchas ocasiones, normas de naturaleza deontológica, esto es, de contenido moral y de conducta, en las que se concreta no sólo la *lex artis* a emplear por el profesional, sino, en particular, las implicaciones y exigencias de naturaleza ética a respetar en el ejercicio profesional respecto de terceros usuarios de sus servicios o de sus propios compañeros colegiados[948]. Así entendidas, derivan de una función de amplia tradición y arraigo, orientada a la protección y defensa de la ética profesional. Constituyen, en definitiva, un exponente cualificado de la función de ordenación general de la profesión encomendada a la corporación colegial[949].

c) Normas deontológicas.

El propio Tribunal de Defensa de la Competencia se ha pronunciado a favor de la vigencia de este tipo de normas deontológicas, siempre que se orienten a la determinación de las normas éticas que han de presidir el ejercicio de las funciones y actividades por parte de los profesionales, singularizando el ejercicio de la profesión al regular el comportamiento debido de cada colegiado, pero sin que sean empleadas para regular el comportamiento interno de los colegiados entre sí, creando así normas jurídicas que tengan por finalidad primordial la regulación de la competencia desleal tal como la entienden corporativamente los respectivos colegios. De ahí que sostenga y sancione que "siempre que se haga a través de una delegación expresa, los colegios pueden arbitrar procedimientos para sancionar las conductas reprochables deontológicamente, con participación de los usuarios"[950].

No en vano, el colegio profesional surge y tiene su ámbito de aplicación más cualificado en el marco de las profesiones liberales, en las que, como ha subrayado la doctrina, "el profesional elabora y controla su propia ciencia, que luego aplica a un nivel técnico, con una autonomía intelectual y moral que impide que sus actos profesionales sean reducibles a ciertas pericias, y por ello sustituir el criterio del mismo –de un médico, de un abogado– para calificar un acto como prudente o imprudente, puede tener una dificultad extrema, y de ahí el colegio profesional como instituto capaz, por acumulación de toda la pericia de los componentes de una rama profesional, de enjuiciar las desviaciones que pueda haber, y de ahí la deontología profesional"[951]. Es éste, como se comprende, un "terreno especialmente resbaladizo" por las dificultades que comporta la concreción y aplicación de estas exigencias éticas al ejercicio profesional particular de que se trate[952].

Este mínimo deontológico está, por otra parte, indudablemente vinculado al ejercicio de la potestad disciplinaria del colegio profesional[953], encontrando acomodo junto a esta última en el artículo 5 i) de la LCP, conforme al que corresponde a la corporación colegial "ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial". Y es que el colegio profesional se revela como la "institución idónea" para ello, en cuanto acumula en su seno "todo el saber y experiencia" de los propios profesionales[954].

Aplicada preferentemente a las profesiones liberales e intelectuales, la deontología ha sido definida, de esta manera, como el "conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional de carácter no técnico, ejercidas o

[948] En este sentido, S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., p. 116, quien recuerda que "la característica de las profesiones tituladas es la competencia técnica y el conocimiento de alta calidad y ello explica que en este tipo de relaciones profesionales prime la relación de confianza y la presencia de códigos propios de moral y conducta". Con mayor profundidad, sobre el auténtico valor normativo de las normas deontológicas, L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 639 y ss.

[949] Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional", op. cit., p. 323. Se refiere, en particular, a la problemática planteada por la colegiación y la extensión de esta responsabilidad deontológica a las sociedades profesionales reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, L. CALVO SÁNCHEZ, "Las dificultades de sujeción a control deontológico de las sociedades profesionales", en L. MARTÍN REBOLLO (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 1.911 y ss.

[950] *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España*, junio de 1992, pp. 40 y ss.

[951] Cita de XIMÉNEZ DE SANDOVAL extraída de G. ARIÑO ORTIZ y J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, *Constitución y colegios profesionales*, op. cit., p. 124.

[952] En expresión de Á. J. GALLEGO MORALES, *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, op. cit., p. 84.

[953] Y es que, como señalan F. TEJEDOR JORGE y J. J. TORRES FERNÁNDEZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las corporaciones de derecho público", op. cit., p. 712, define la "pauta de excelencia ética exigible y susceptible de imposición" a los colegiados.

[954] En términos de L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., p. 625.

vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional", en sustancia, "una especie de urbanidad del profesional"[955].

Se trata, en todo caso, de una regulación expresamente admitida por el Tribunal Constitucional, que se ha referido a ella en su Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre. Sostiene, en este sentido, que "las normas de deontología profesional aprobadas por los colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario", sino que "muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega a favor de los colegios" en el artículo 5 de la LCP.

Recuerda, asimismo, que "es generalmente sabido, por lo demás, y, por tanto, genera una más que razonable certeza en cuanto a los efectos sancionadores, que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los colegios profesionales". Y, por si no fuera suficiente, vuelve la vista atrás para hacer hincapié en que este mismo criterio "es el que viene manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo"[956].

La admisión por el Tribunal Constitucional de los deberes deontológicos que los colegios profesionales articulan e imponen a sus miembros, no implica, en cualquier caso, la ausencia de límites a las atribuciones normativas de la corporación profesional al respecto. El propio artículo 36 de la Constitución, conviene recordarlo, reserva a la ley la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas, a lo que se suman, por otra parte, las limitaciones lógicas, derivadas del juego constitucional del binomio ley-reglamento, a la intervención reglamentaria en la limitación de las libertades de los ciudadanos y a la regulación de las infracciones y sanciones disciplinarias que pudieran acuñarse en este ámbito[957].

---

[955] C. LEGA, *Deontología de la profesión de abogado*, Civitas, Madrid, 1983, p. 23, quien destaca, además, cómo su carácter ético "se evidencia en mayor grado en las profesiones con trasfondo humanitario". Para L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional", op. cit., p. 326, resulta no sólo posible sino deseable aprovechar el sistema colegial para afianzar, a través de estas normas deontológicas, "lo que son innegables valores sociales, más allá de ideologías concretas y aun de políticas concretas".

[956] FJ 5. Sobre la deontología y la ética profesional y, en particular, la afirmación del carácter normativo de las normas deontológicas profesionales, L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 625 y ss.

[957] M. SÁNCHEZ SAUDINÓS, *Los colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, op. cit., pp. 270 y ss., subraya y reivindica, en este sentido, la vinculación y sujeción estricta de los códigos deontológicos a los requisitos que dimanan del principio de legalidad sancionadora recogido en el artículo 25.1 de la Constitución.

Hace hincapié en ello la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1992, de 11 de junio, al subrayar cómo "la función de ordenar la profesión que contempla con carácter general el artículo 3 de la Ley de Colegios Profesionales, al socaire del artículo 36 de la Constitución, solamente puede ser ejercida dentro de los límites marcados por las atribuciones otorgadas por la Ley, las cuales deben ser objeto de una interpretación estricta. La razón estriba en que […] las regulaciones que limitan la libertad de quienes desarrollan actividades profesionales y empresariales no dependen del arbitrio de las autoridades o corporaciones administrativas. Por un lado, el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas. Y, por otro lado, el principio de legalidad que consagran los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, y que alcanza de lleno a los colegios profesionales cuando ordenan el ejercicio de las profesiones tituladas (artículo 36 de la Constitución), impide a las Administraciones Públicas dictar normas sin una habilitación legal suficiente"[958].

Ahora bien, tampoco cabe ignorar que la garantía institucional del colegio profesional sancionada por el artículo 36 del texto constitucional implica el reconocimiento de cierta autonomía al ente colegial para su propia autorregulación. En este contexto los límites derivados de la articulación y el funcionamiento del citado binomio normativo ley-reglamento se suavizan por la jurisprudencia respecto de la potestad reglamentaria colegial, sin llegar, no obstante, a permitir que desaparezcan del todo.

Y así, el propio Consejo de Estado destaca en su Dictamen 51.926, de 19 de mayo de 1988, cómo la remisión legal a la norma reglamentaria puede ser más generosa en aquellos casos en que se reconoce autonomía al ente titular de la potestad reglamentaria, tratándose, en estos casos, de "reglamentos que se mueven en el ámbito de autonomía en que el texto de la ley no sirve como finalidad estricta a seguir sino como parámetro controlador o límite de la legalidad del texto". Se modula o flexibiliza, en definitiva, el carácter limitador de la reserva de ley en este

---

[958] FJ 8. Destaca, en este sentido, el comentario de J. V. ORTEGA TRECEÑO, "Un caso de aplicación por el Tribunal Supremo de la reserva de ley para regular el ejercicio de las profesiones tituladas contenida en el artículo 36 de la Constitución", *REDA*, núm. 42, abril-junio 1984, pp. 485 y ss., a la temprana Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984 (Ar. 139), relativa a la declaración de incompatibilidad y la consiguiendo denegación de visados a los proyectos que pudiera realizar un arquitecto colegiado que desempeñaba, simultáneamente, el cargo de concejal en el Ayuntamiento de Santiago de Compostela. Vid., asimismo, sobre el alcance de la función normativa colegial respecto de la ordenación del ejercicio de las profesiones, J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, *Naturaleza y caracteres de los colegios profesionales: notas para una ley reguladora*, op. cit., pp. 50 y ss.

ámbito, sin que quepa afirmar, en cualquier caso, su relajación absoluta hasta el punto de desaparecer[959].

Más contundente y discutible resulta la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de febrero de 1982 (Ar. 966), en la que se ampara una mayor relajación en la tipificación de las infracciones deontológicas, afirmando que "mientras que el Derecho en general se contenta con un mínimo ético, y el Derecho penal, en particular, ha sido calificado de «mínimo del mínimo ético», el Derecho especial de las llamadas «órdenes profesionales» trata de establecer, dentro del círculo de sus miembros, un comportamiento moral no exigible en las relaciones ordinarias de la comunidad; circunstancia que naturalmente implica una tipificación de las conductas sancionables, más laxa que la establecida en los restantes Derechos sancionadores, como contrapartida de las mayores exigencias éticas en las conductas de los sometidos a esta relación especial de poder corporativo"[960].

Y todo ello independientemente de la particularidad del régimen de publicidad de las normas colegiales, sumamente discutible por su fragilidad y por la inseguridad jurídica que comporta, y, sin embargo, expresamente sancionado por la jurisprudencia y, en particular, por el Tribunal Constitucional.

Frente al artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la "publicidad de las normas" y al artículo 52.1 de la LRJAP y PAC que dispone que "para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda", la realidad colegial ostenta, sin embargo, en el ámbito normativo "perfiles propios […], en razón de la proximidad, contacto e información que se presupone a los profesionales"[961]. De ahí que se inviertan, en definitiva, y como consecuencia de ello, los términos ordinarios de presunción de conocimiento del Derecho, a fin de desvincular su aprehensión de la publicidad formal de la normativa colegial.

Así lo confirma, en definitiva, el Tribunal Constitucional, acudiendo para ello a la aplicación al ámbito colegial de la categoría de las relaciones de sujeción especial. Y así, en la citada Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, afirma que "frente a la manifiesta previsibilidad de las conductas sancionables para un colegiado

[959] En tal sentido, sobre la existencia de ciertos límites a esa mayor libertad de remisión que la Constitución confiere al legislador cuando la habilitación se realiza a entes dotados de autonomía y precisamente en función de los fines públicos que la justifican, vid. J. Mª. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, op. cit., pp. 157 y ss.

[960] Considerando cuarto.

[961] E. ORTEGA MARTÍN, "Las potestades administrativas de las corporaciones públicas", op. cit., p. 222.

que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de la colegiación, carece de relieve la circunstancia de que las normas deontológicas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos, o que éstos y la regulación de la escala de sanciones aplicables se contengan en distintos textos normativos e, incluso, en última instancia, que las normas deontológicas no hayan sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el diario oficial de algún otro ente territorial, pues esta omisión, que en el ámbito de las relaciones de sujeción general impediría la aplicación de cualquier norma sancionadora, no puede valorarse, en el orden específico del colegio profesional, ni siquiera como indicio de inseguridad jurídica con relación a los propios colegiados"[962].

En sentido similar se pronuncia el Tribunal Supremo, acogiendo esta doctrina constitucional, entre otras, en su Sentencia de 24 de mayo de 1999 (Ar. 7257), para ratificar, frente a la pretensión del demandante de que tanto la dignidad de la profesión como las reglas éticas que la gobiernan son conceptos indefinidos que no encuentran concreción en los Estatutos correspondientes, que "los preceptos estatutarios, que autorizan a los órganos corporativos para sancionar las conductas de los colegiados y en los que se define como infracción los actos que se aparten de los deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión, sirven de forma suficiente para tipificar por remisión las infracciones de esta naturaleza, cuyos deberes y reglas deben aquéllos conocer, por lo que no cabe invocar inseguridad jurídica alguna"[963].

Frente a esta interpretación que ampara la práctica colegial de no publicar las normas deontológicas aprobadas en desarrollo de remisiones estatutarias genéricas e indeterminadas, Salom Parets aboga, en cambio, entre otros autores, por la publicación de la norma colegial en el Boletín de la Comunidad Autónoma respectiva y porque esta obligación se encuentre prevista, además, en una norma de rango legal, ya sea estatal básica o de desarrollo autonómico en ausencia de la primera[964].

[962] FJ 5. Vid., en particular, sobre la interpretación *pro administratio* y el incumplimiento de normas deontológicas en la doctrina de esta Sentencia del Tribunal Constitucional, F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., pp. 192 y ss.

[963] Fundamento de derecho décimo, reiterando lo dispuesto a este respecto en Sentencias anteriores de 16 y 27 de diciembre de 1993 (Ar. 10053 y 10054) y de 4 de marzo de 1998 (Ar. 2489). Para Mª. J. GALLARDO CASTILLO, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, op. cit., pp. 104 y ss., este juicio de suficiencia sobre el conocimiento que pueden alcanzar los colegiados supone una ponderación que "ha de realizarse caso por caso, dando lugar, en consecuencia, a una jurisprudencia casuística, y, por fuerza, contradictoria".

[964] A. SALOM PARETS, *Los colegios profesionales*, op. cit., p. 191. También F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., p. 181, concluye, a la vista de la reserva de ley vigente en materia

No en vano, los principios constitucionales de seguridad jurídica y publicidad de las normas encuentran en nuestro ordenamiento jurídico el máximo rango y expresión normativa, constituyendo un claro abuso su apartamiento en el ámbito colegial sobre la base de la relación especial de sujeción que une al colegiado con la corporación profesional correspondiente.

Más aún si se considera el "considerable grado de abstracción" que caracteriza a las reglas deontológicas que han de pautar la conducta profesional[965]. Un grado de indeterminación que aunque ha sido saludado como un activo por una parte de la doctrina y por la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional[966], plantea problemas innegables para el cumplimiento y el control jurisdiccional de las diversas manifestaciones que comprende el derecho fundamental a la legalidad en el ámbito administrativo sancionador recogido por el artículo 25 de la Constitución, en especial, desde la perspectiva de la garantía material a la predeterminación normativa de las infracciones. Incógnitas cuya resolución entiendo que no debiera hacerse descansar sin más en la mera calificación como relación especial de sujeción de aquella que une, en última instancia, al colegio profesional con sus miembros para justificar tipificaciones deontológicas más que discutibles.

Independientemente de la corrección jurídica de esta última etiqueta para el supuesto particular del colegio profesional y de su aplicación a la relación concreta que une a esta corporación de derecho público con cada uno de sus miembros, la relación de sujeción especial no puede, ni debe, erigirse en una disculpa para obviar la aplicación de los principios básicos que reconoce nuestra Constitución. Una cosa es admitir la posible modulación o flexibilización en su ámbito del principio de legalidad que rige la relación del binomio ley-reglamento, otra cosa, en cambio, es aceptar su completa supresión y la vigencia de un sistema normativo no sujeto, siquiera, a unas mínimas pautas de publicidad y transparencia que garanticen de forma efectiva el conocimiento de las normas aprobadas por todos los obligados a cumplirlas.

sancionadora al amparo del artículo 25.1 de la Constitución, que la remisión normativa ha de estar referida siempre "a una norma reglamentaria publicada oficialmente".

965 M. SÁNCHEZ SAUDINÓS, *Los colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, op. cit., p. 231.

966 Así, por todos, F. SÁINZ MORENO, "Artículo 36. Colegios profesionales", op. cit., pp. 579 y ss., quien considera esta imprecisión como "algo conveniente y necesario, porque hace posible la aplicación de nociones que son indeterminadas, pero susceptibles de concreción en cada caso singular", de forma que "al mantener una cierta flexibilidad en su enunciación permite incorporar los valores sociales vigentes en cada momento y obliga en todo caso, a que su aplicación sea proporcionada, adecuada y equitativa, criterios que quedan sujetos a control judicial". Valoración presente, asimismo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 5, para la que "carece de relieve la circunstancia de que las normas deontológicas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos, o que éstos y la regulación de la escala de sanciones aplicables se contengan en distintos textos normativos e, incluso, en última instancia, que las normas deontológicas no hayan sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el diario oficial de algún otro ente territorial, pues esta omisión, que en el ámbito de las relaciones de sujeción general impediría la aplicación de cualquier norma sancionadora, no puede valorarse, en el orden específico del colegio profesional, ni siquiera como indicio de inseguridad jurídica con relación a los propios colegiados"; o en las del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1988 (Ar. 7244), fundamento de derecho tercero, y 3 de marzo de 1990 (Ar. 2133), fundamento de derecho sexto, que insisten en que la deontología profesional no es "susceptible de específica catalogación en *numerus clausus*".

2. Ejercicio colegial de la potestad sancionadora disciplinaria y principio de legalidad.

Corresponde a los colegios profesionales, en términos del artículo 5 i) de la vigente LCP, la fundamental "facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial". Se trata, en suma, de una potestad íntimamente unida a la función colegial de ordenación de la actividad profesional de los miembros de la corporación[967]. De ahí que ambas potestades, esto es, la normativa y la sancionadora, aparezcan en última instancia como el haz y el envés de un mismo cometido encomendado al colegio profesional por el artículo 5 i) de la LCP[968].

Ahora bien, la potestad disciplinaria ejercida por las corporaciones profesionales encuentra reconocimiento y amparo legal expreso más allá de este precepto particular de la LCP, concretamente, en su artículo 6.3, apartados b) y g), conforme al que se confía a los estatutos generales del colegio correspondiente la regulación de los derechos y deberes y del régimen disciplinario aplicable a sus miembros, así como 9.1, apartado g), que encomienda, a su vez, al Consejo General de los Colegios Profesionales el ejercicio de las funciones disciplinarias con respecto a los miembros de las Juntas de Gobierno de los colegios y del propio Consejo.

Este es el régimen general que contiene en materia sancionadora la LCP. No establece ni dispone otra cosa respecto al ejercicio de la potestad sancionadora cole-

967 No en vano, como subraya T. QUINTANA LÓPEZ, "La potestad disciplinaria de las Administraciones sobre los empleados públicos", *DA*, núms. 282-283, septiembre-diciembre 2008, enero-abril 2009, Tomo II, p. 321, la potestad disciplinaria "viene a ser la capacidad que ostenta quien dirige la estructura organizativa [con independencia del tipo de organización de que se trate] para castigar las conductas de aquellos que las contravienen, sobre la base de que con ellas eventualmente se puede poner en peligro o llegar a perjudicar la propia consecución de los objetivos que justifican la existencia misma de la organización".

968 La potestad sancionadora es, en este sentido, un correlato lógico de la potestad reglamentaria del colegio y, en particular, de su capacidad para regular los deberes deontológicos que recaen sobre los colegiados, por cuanto, como señala F. TEJEDOR JORGE y J. J. TORRES FERNÁNDEZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las corporaciones de derecho público", op. cit., p. 710, "sólo ofreciendo y garantizando a la sociedad un determinado nivel de exigencia ética, se puede entender la ubicación y el estatuto privilegiado que el ordenamiento jurídico ha ofrecido a los colegios profesionales". Incide en ello también J. GÁLVEZ MONTES, *La organización de las profesiones tituladas*, op. cit., p. 317.

gial, por lo que no cabe sino concluir que recoge una mera habilitación legal de la potestad disciplinaria[969], regulándose en detalle esta cuestión en la normativa reglamentaria de origen corporativo aplicable a cada organización colegial profesional en particular[970].

Pese al mutismo de la LCP, la significación y trascendencia de la potestad sancionadora en manos del colegio profesional están fuera de toda duda, aun cuando la liberalización emprendida en el ámbito colegial desde hace décadas, al socaire, fundamentalmente, de los designios comunitarios, haya traído consigo una limitación y restricción indudables del alcance de su potestad disciplinaria en asuntos de competencia, publicidad e intrusismo profesional, en virtud de la sujeción de los colegios profesionales al principio de libre competencia[971]. Y es que, como ha señalado L. MARTÍN-RETORTILLO, la disciplina colegial resulta, dentro de las coordenadas constitucionales, no sólo tolerable, sino incluso "aconsejable y auspiciable", dada la importancia de los valores que garantiza la autoadministración colegial[972].

La potestad sancionadora del colegio profesional consta, en este sentido, de una doble faceta o vertiente. De un lado, la estrictamente "colegial", que afecta a las relaciones internas de los profesionales en tanto miembros de la corporación profesional correspondiente. De otro, la que cabría calificar justamente de "profesional", conectada, en definitiva, al ejercicio concreto de la actividad profesional correspondiente, más cercana, por tanto, a las exigencias derivadas de aquellas normas profesionales y deontológicas que tienen por objeto fijar y clarificar la *lex artis* correspondiente al quehacer profesional de que se trate[973].

969 Hay que convenir, en este sentido, con I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, op. cit., p. 182, que la LCP guarda tal silencio al respecto que cabe afirmar que "no contiene ninguna regulación propia" en materia sancionadora.

970 Se refiere a la regulación concreta de la potestad sancionadora en el contexto más amplio de las potestades públicas colegiales, M. BAENA DEL ALCÁZAR, "La potestad disciplinaria de los colegios profesionales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 168 y ss.

971 En este sentido, por todos, S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., p. 111. Pese a ello, la potestad disciplinaria continúa siendo un instrumento muy importante en manos de los colegios profesionales; tanto es así que para R. GARCÍA MACHO, "La potestad disciplinaria de los colegios profesionales", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, p. 475, es "uno de los más sólidos justificantes" del sometimiento del colegio al Derecho Administrativo.

972 L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional", op. cit., p. 335.

973 L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., p. 643.

De ahí la mayor complejidad material de la potestad sancionadora ejercida por los colegios profesionales[974]. Aun cuando se concibe, en principio, como una potestad de ejercicio primordialmente interno, que afecta, por tanto, como posibles destinatarios a los propios profesionales colegiados, de forma un tanto análoga a la potestad disciplinaria del Estado sobre sus funcionarios[975], cabe apreciar, asimismo, la posibilidad de que afecte, en ciertos casos, a terceros ajenos a la organización colegial[976]. Y así, esta incógnita acerca de si se trata de una cuestión meramente interna o si, por el contrario, la potestad sancionadora colegial es susceptible de alcanzar también alguna repercusión externa, se plantea de forma recurrente, en cuanto enigma que subyace, en última instancia, a la propia articulación, legitimación y justificación de la potestad[977].

No en vano, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1989, de 19 de julio, la restricción que impone la condición de colegiado sobre la libertad de asociación en su vertiente negativa "resulta justificada por razón de la tutela del interés general que concurre en el ejercicio de la profesión" correspondiente; por lo que se refiere al caso concreto de autos, sobre la constitucionalidad de la colegiación obligatoria de un funcionario médico, sostiene el Tribunal que la protección de la "disciplina profesional, normas deontológicas, tutela de la buena fe de los terceros […] va unida a la de valores y derechos constitucionales, como la salud, la sanidad y la vida e integridad física de los ciudadanos, que están en juego con ocasión del ejercicio de la profesión médica"[978].

A través del régimen corporativo profesional se obtiene así, en definitiva, una mejor y mayor garantía de todos los intereses implicados, no sólo los de la profesión *stricto sensu*, sino, en particular, los de aquellos usuarios que se vean implicados

974 A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 123.

975 Esta analogía es subrayada por F. GARRIDO FALLA, "Corporación", op. cit., p. 760.

976 M. BAENA DEL ALCÁZAR, "La potestad disciplinaria de los colegios profesionales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", op. cit., pp. 171 y ss., refiere la riqueza de supuestos que se plantean en la vida real acerca no sólo de la titularidad de la potestad, sino de sus destinatarios, por cuanto la jurisprudencia ha apreciado casos límite en que la potestad ha sido ejercida por la Corporación, por un Ministerio o de forma compartida, o en que ha afectado a los propios colegiados o incluso a terceros ajenos a la corporación profesional. Cita así, a título de ejemplo, los supuestos abordados por las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1987 (Ar. 5844), relativa a la posible sanción colegial a un tercero no colegiado por actos de intrusismo profesional, y de 18 de septiembre de 1991 (Ar. 7753), sobre expediente sancionador recaído en un supuesto de doble colegiación por profesional que ostenta la doble condición de farmacéutico y óptico.

977 Se hacen eco de ella F. TEJEDOR JORGE y J. J. TORRES FERNÁNDEZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las corporaciones de derecho público", op. cit., pp. 710 y ss.

978 FJ 4.

en una relación profesional con alguno de los colegiados y, por ende, del interés general[979].

La legitimación de la potestad sancionadora colegial está, en consecuencia, fuera de toda duda. No sólo se halla implícitamente recogida en el enunciado del artículo 36 de la Constitución, sino que encuentra, además, el apoyo expreso de la legislación básica estatal en materia de colegios profesionales. Conviene recordar, asimismo, el importante papel que ha desempeñado, en este sentido, la jurisprudencia, tanto contencioso-administrativa como, en particular, del Tribunal Constitucional, por cuanto sus pronunciamientos han contribuido de manera decisiva a acercar e imbricar las garantías constitucionales en el ejercicio de la potestad disciplinaria colegial, regulada frecuentemente en normas preconstitucionales[980].

Perviven todavía, sin embargo, cuestiones conflictivas, áreas sombrías a consecuencia de la vigencia de un sistema normativo colegial excesivamente disperso y, con demasiada frecuencia, arcaico y obsoleto[981]. El régimen jurídico aplicable, en este sentido, al ejercicio por el colegio profesional de su potestad sancionadora se encuentra excesivamente diseminado en normas de origen diverso que difícilmente cumplen con las exigencias mínimas que articula a este respecto el artículo 25.1 de la Constitución, en especial, con el fundamental principio de legalidad[982].

En efecto, la propia Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1989, de 21 de diciembre, si bien ampara, entre otros muchos pronunciamientos constitucionales,

979 En idéntico sentido, A. SALOM PARETS, *Los colegios profesionales*, op. cit., p. 107.

980 A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 123 y ss., da noticia de la admisión tradicional por la jurisprudencia de la potestad disciplinaria colegial, así como de la evolución en esta materia de la doctrina jurisprudencial posterior a la aprobación del texto constitucional.

981 No en vano, cabe diferenciar aún, siguiendo en este punto a M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los Colegios Profesionales en el Derecho administrativo español,* op. cit., pp. 184 y ss., tres supuestos diversos y problemáticos desde la perspectiva de la tipicidad de las infracciones colegiales y de las sanciones correspondientes. De un lado, que la falta o infracción consista en el incumplimiento de deberes estatutarios o establecidos en Reglamentos colegiales. De otro, que derive del incumplimiento de deberes éticos o deontológicos, debiendo diferenciarse, a estos efectos, entre que la infracción esté expresamente prevista en códigos deontológicos aprobados o que la conducta se considere contraria a la ética y deontología profesional sin estar expresamente prevista y tipificada en una norma deontológica aprobada. Y, en tercer lugar, que la tipicidad se produzca por remisión a otras normas reglamentarias o incluso a ciertos acuerdos de los colegios. Profundizan en esta cuestión, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, F. TEJEDOR JORGE y J. J. TORRES FERNÁNDEZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las corporaciones de derecho público", op. cit., pp. 733 y ss. También se ha referido a esta cuestión L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 831 y ss., para quien resulta "particularmente acuciante" la incorporación a la disciplina colegial de las garantías derivadas del mandato constitucional de tipificación.

982 Así, S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., p. 153. Sobre las dificultades y particularidades en la aplicación de los principios de la potestad sancionadora a los colegios profesionales, vid. F. TEJEDOR JORGE y J. J. TORRES FERNÁNDEZ, "El ejercicio de la potestad sancionadora por las corporaciones de derecho público", op. cit., pp. 717 y ss. Profundiza, asimismo, en la incorporación al ámbito colegial de las garantías constitucionales en materia de Derecho sancionador, L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pp. 830 y ss.

la vigencia de este principio de legalidad en el ámbito sancionador colegial, reconoce, simultáneamente, su aplicación más atemperada en el ámbito administrativo, admitiendo importantes modulaciones a su exigencia en el caso de autos, relativo a la imposición de sanción colegial de suspensión en el ejercicio profesional de arquitecto por contravención de las normas deontológicas de actuación profesional correspondientes, al sostener, de forma puramente pragmática, que "lo contrario supondría […] que hasta tanto no se establezca de una manera expresa la correlación entre infracciones y conductas sancionables, quedarían impunes de responsabilidad administrativa disciplinaria las conductas ilícitas de los colegiados. Y a esta conclusión, que desapoderaría de una de sus funciones esenciales a los colegios profesionales, no puede llevar el artículo 25.1 de la Constitución"[983].

Se admite así una mayor flexibilización del citado principio en el ámbito concreto de la disciplina colegial frente al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en otros sectores diversos, acudiéndose para ello a la polémica y discutida categoría de la relación especial de sujeción, coartada para debilitar y modular al máximo las dos vertientes garantizadoras incorporadas por el principio constitucional de legalidad.

Se trata de una técnica conocida y consolidada en la jurisprudencia constitucional. Ante la dificultad planteada en el campo práctico por la posible declaración de inconstitucionalidad de sectores sancionadores completos, por incumplimiento de las coordenadas constitucionales básicas en materia sancionadora, y el riesgo de abocar materias de indudable trascendencia y aplicación cotidiana a lagunas jurídicas de proporciones incalculables, se confirma la existencia de una relación de sujeción especial, aceptando, por consiguiente, flexibilizaciones y matizaciones sustanciales en la aplicación de los principios constitucionales sancionadores al ámbito particular de que se trata.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha relajado en el ámbito de las relaciones de sujeción especial los requerimientos y exigencias derivadas del principio de legalidad que establece a estos efectos el artículo 25.1 de la Constitución, para permitir, en cambio, la mera habilitación al reglamento por una norma con rango legal para regular las infracciones y sus correspondientes sanciones administrativas.

Y es que el propio Tribunal Constitucional ha subrayado que las remisiones legales en blanco en materia de Derecho administrativo sancionador deben sujetarse a ciertas exigencias en cuanto al alcance concreto de la remisión. En concreto, debe

983 FJ 6.

limitarse a ser un complemento indispensable de la regulación legal por motivos técnicos o para la salvaguarda de fines constitucionales o legales, requerimientos que difícilmente cumple la Ley de Colegios Profesionales.

No se trata, en todo caso, de permitir a la norma de rango infralegal la configuración *ex novo* de infracciones y sanciones administrativas[984], sino de admitir que el titular de la potestad reglamentaria correspondiente, en este caso, el colegio profesional, pueda acogerse a una tipificación legal sumamente amplia y genérica a fin de desarrollar un régimen sancionador propio, reputando el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones contenidas en esas normas reglamentarias sancionadoras como infracción administrativa o disciplinaria[985]. No se acepta, por tanto, la sanción carente de toda base legal normativa, si bien se refrenda una remisión mucho más amplia y genérica al complemento reglamentario.

Nos situamos, en definitiva, ante la extensión a la disciplina colegial de una etiqueta, la de la relación especial de sujeción, empleada exclusivamente para hacer frente a un problema creado por el propio mutismo e inactividad al respecto del legislador desde la aprobación del texto constitucional. En este sentido, la Ley básica de Colegios Profesionales de 1974, establece en su artículo 1.3, como fin esencial de la corporación, "la ordenación del ejercicio de las profesiones", facultad colegial que recoge y desarrolla en su artículo 5 i).

Una cobertura legal que no cabe sino considerar claramente insuficiente para abarcar la compleja constelación de normas estatutarias, reglamentarias y, en particular, deontológicas aprobadas en el seno de los correspondientes Consejos Generales y colegios particulares para la regulación de la profesión correspondiente, esto es, entre otros extremos, de los derechos y deberes de los miembros colegiados, de su *lex artis*, de las relaciones entre los miembros del colegio o de las obligaciones morales derivadas de su ejercicio profesional, así como para el establecimiento, en fin, de un régimen sancionador propio orientado a garantizar, en última instancia, su vigencia y cumplimiento.

De ahí que la jurisprudencia constitucional, enfrentada al dilema de dar o no cobertura a las sanciones disciplinarias impuestas por los colegios profesionales

984 Posibilidad vedada, entre otras, por la Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 2 se afirma expresamente que "el alcance de dicha reserva de ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución". Doctrina recogida también, entre otras, por las Sentencias 42/1987, de 7 de abril; 61/1990, de 29 de marzo; o, 132/2001, de 8 de junio.

985 Así lo sanciona el Tribunal Constitucional de forma expresa, entre otras, en su Sentencia 2/1987, de 21 de enero, FJ 2.

sobre la base de estas normas colegiales propias, reguladoras y ordenadoras de la profesión, se haya visto obligada a recurrir a un título que le permitiera modular y flexibilizar el alcance del principio de legalidad en el ámbito colegial[986]. No es otra la justificación, en definitiva, de la expansión a este ámbito de la categoría de las relaciones especiales de sujeción y de la calificación de su potestad sancionadora como auténticamente "disciplinaria"[987].

Así se desprende, en particular, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1989, de 21 de diciembre, en la que se afirma tajantemente que "la única cobertura legal que las normas sancionadoras aplicadas poseen viene determinada por el artículo 5 i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de los Colegios Profesionales […]. Esta norma legal contiene una simple remisión a la autoridad colegial o corporativa, vacía de todo contenido sancionador material propio. Ahora bien, si tal tipo de remisión resulta manifiestamente contrario a las exigencias del artículo 25.1 de la Constitución, cuando se trata de las relaciones de sujeción general […], no puede decirse lo mismo por referencia a las relaciones de sujeción especial"[988].

Concluye, en consecuencia, de forma un tanto contundente, la existencia en estos supuestos de "una muy característica relación constituida sobre la base de la delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales, que tiene fundamento expreso en el artículo 36 de la Constitución. De ahí que, precisamente en este ámbito, la relatividad del alcance de la reserva de ley en materia disciplinaria aparezca especialmente justificada"[989].

Así lo ha sancionado también el Tribunal Supremo quien ha procedido, no obstante, a realizar ciertas matizaciones al respecto a la luz de la propia evolución de la

986 Y así, aunque crítico con la jurisprudencia constitucional y con la insuficiencia normativa actual de nuestro ordenamiento colegial, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional", op. cit., p. 348, se muestra simultáneamente convencido de que "hay peculiaridades que deben ser reconocidas sin falta", citando, en este sentido, la aceptación de la norma deontológica colegial por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Barthold*, Sentencia de 25 de marzo de 1985.

987 Así lo sostiene, en particular, E. ORTEGA MARTÍN, "Las potestades administrativas de las corporaciones públicas", op. cit., p. 224. Para S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., p. 157, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional deja, en este sentido, "mucho que desear".

988 FJ 3. El propio Tribunal Constitucional se remite, en cuanto a la aplicación del principio de legalidad a las relaciones de sujeción general, a la doctrina que había sentado ya en anteriores Sentencias 42/1987, de 7 de abril; y, 29/1989, de 6 de febrero. Cita, asimismo, respecto al significado y consecuencias de la apreciación en la práctica de la categoría de la relación de sujeción especial, las Sentencias constitucionales 2/1987, de 21 de enero; y, 69/1989, de 20 de abril.

989 FJ 3.

doctrina constitucional en la materia[990]. Distingue, de esta forma, entre el ejercicio de la potestad sancionadora colegial en función de que afecte a los derechos de terceros, en cuanto usuarios del servicio profesional, exigiendo un mayor rigor, en estos casos, en el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio constitucional de legalidad, o que incida, por el contrario, tan sólo sobre el fuero interno de la propia colegiación del profesional, unido a la corporación en virtud de aquella relación especial de sujeción.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1992 (Ar. 6097) sostiene que "la ordenación del ejercicio de una profesión liberal como la de arquitecto no puede afectar a los derechos e intereses de los terceros que concierten unos servicios con los colegiados por voluntad de su órgano de representación [*ex* artículo 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales], sino solamente en aquellas relaciones que en función del interés público se disponga por una norma legal; de lo que se infiere que la protección de los intereses profesionales de los colegiados no legitima la imposición de unas normas de comportamiento de los contratantes con los arquitectos que no estén previstos en la Ley"[991].

Concluye el Tribunal que "la facultad de los colegios de defender los derechos e intereses profesionales, y velar por el prestigio e independencia y de decoro de clase tanto en las relaciones recíprocas de los arquitectos como en las que mantengan con sus clientes, e incluso establecer normas para los trabajos profesionales debe ser interpretado […] en el sentido de que esa potestad de ordenación, que comprende la de regular los contratos no puede afectar a los derechos de los terceros que no estén limitados por una norma legal, y si sólo a los colegiados en el ámbito de sus derechos y obligaciones que dimanan de la sujeción especial que los vincula con los colegios"[992].

En cualquier caso, recuerda el Alto Tribunal en su Sentencia de 18 de septiembre de 1991 (Ar. 7753) la sujeción de las normas y decisiones colegiales al ordenamiento jurídico en su conjunto y a los propios principios que justificarían, en última instancia, la calificación como especial de la relación que une al colegiado con la corporación colegial.

Parte, en este sentido, de la potestad normativa del colegio profesional sobre "aquellos aspectos precisados de regulación para asegurar el orden profesional

[990] Sobre la evolución de la jurisprudencia en este ámbito vid. A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 123 y ss.; y, A. SALOM PARETS, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 137 y ss.

[991] Fundamento de derecho cuarto.

[992] Fundamento de derecho quinto.

que el colegio tiene encomendado y que no hayan sido objeto de regulación mediante normas dictadas por otros órganos del poder público con superior competencia", para sujetar a continuación su validez a "la adecuación que presenten respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto y [a que] se acrediten como necesarias y racionalmente adecuadas para asegurar el cumplimiento de aquellos deberes primordiales de todo colegiado (comportamiento conforme la ética, dignidad, respeto al derecho de los particulares, lealtad en la competencia profesional, etc.)"[993].

Ahora bien, pese a las sucesivas matizaciones jurisprudenciales y a los intentos por constreñir los excesos interpretativos inicialmente habidos en la materia, no cabe sino proclamar la insuficiencia y absoluta inadecuación de la teoría de las relaciones especiales de sujeción para el ámbito concreto de los colegios profesionales[994]. Categoría tildada, asimismo, por la doctrina de innecesaria e insatisfactoria a estos efectos, más aún si se consideran los efectos perversos a que conduce en materia de legalidad, por cuanto no ha supuesto la modulación, sino la auténtica exclusión en más de una ocasión de la garantía formal de la reserva de ley, piénsese en la insuficiente cobertura legal que ofrece en materia sancionadora la LCP o la exigibilidad de normas deontológicas carentes, incluso, de publicación, por no mencionar los claros excesos a que ha conducido desde la perspectiva de las exigencias materiales planteadas por el principio de tipicidad[995].

[993] Fundamento de derecho tercero.

[994] Sobre todo si se toma en consideración el problema planteado por el dato del consentimiento en el nacimiento de la relación de sujeción especial, como justificación a la aceptación implícita de las peculiaridades de la misma, requisito que se ve sustituido, en el supuesto del colegio profesional, por el dato de la pertenencia obligatoria a la corporación como requisito para el ejercicio profesional. Se refieren, asimismo, a esta cuestión, A. FANLO LORAS, *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, op. cit., pp. 70 y ss.; R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, op. cit., p. 222; M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, op. cit., p. 260; I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, op. cit., p. 186; o, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional", op. cit., p. 345, para quien lo que caracteriza a los colegiados "no es una situación de alienidad sino un amplio espacio de protagonismo".

[995] Así, entre otros, S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, op. cit., pp. 159 y ss., y la doctrina allí citada; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional", op. cit., p. 311; M. REBOLLO PUIG, "En especial, el principio *non bis in idem* en sanciones disciplinarias", en M. REBOLLO PUIG, M. IZQUIERDO CARRASCO, L. ALARCÓN SOTOMAYOR y A. Mª. BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 441, para quien estamos ante una "más que dudosa" relación especial de sujeción; o, L. POMED SÁNCHEZ, "Doctrina constitucional sobre la Administración corporativa", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 53. Más contundente aún se muestra R. GARCÍA MACHO, "La potestad disciplinaria de los colegios profesionales", op. cit., p. 478, para quien "no existe base constitucional alguna ni en el artículo 36 ni en ningún otro precepto de la Constitución para llevar a cabo esa vinculación". Para M. BAENA DEL ALCÁZAR, "La potestad disciplinaria de los colegios profesionales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", op. cit., p. 178, la reacción doctrinal a la expansión de la categoría y a la reducción consiguiente de garantías que implica en el ámbito sancionador colegial se ha producido, en cualquier caso, "porque nuestros juristas han demostrado su falta de imaginación y de capacidad de adaptación de la teoría". Sobre las peculiaridades, en

Se trata de una solución que fue adoptada por la jurisprudencia contencioso-administrativa y del Tribunal Constitucional a efectos de dar salida y una cobertura mínima a sanciones que, si bien podían resultar razonables en el terreno de la oportunidad y la racionalidad corporativa, carecían, en definitiva, de un respaldo legal suficiente y adecuado por afianzarse en enunciados de la LCP excesivamente vagos e indeterminados y en disposiciones normativas de rango infralegal para la ordenación del ejercicio profesional[996]. Recuérdese, en este sentido, lo reseñado *supra* sobre la potestad normativa colegial y, en particular, sobre las particularidades propias de las normas deontológicas aplicables al ejercicio de la profesión.

Más adecuado sería, sin duda alguna, que las leyes reguladoras de los colegios profesionales, ya sea en el ámbito estatal o, cuando menos, en su desarrollo autonómico, estableciesen una regulación mínima del régimen sancionador en el ámbito colegial. Un régimen jurídico que dispusiera una mínima descripción legal de los supuestos de infracción y sanción al objeto de facilitar su posterior complemento, plenamente justificado y amparado por la jurisprudencia constitucional, a través de normas reglamentarias de origen corporativo que precisaran con mayor detalle esas conductas infractoras, las consecuencias derivadas de su comisión y los trámites que habrían de integrar el procedimiento sancionador a seguir, en su caso[997].

Así lo ha estimado también, sorprendentemente, el propio Tribunal Constitucional que en su Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, exhorta a los organismos competentes, pese a respaldar y amparar la aplicación de la categoría de la relación especial de sujeción a la potestad sancionadora colegial, a adaptar la normativa disciplinaria de los colegios profesionales "de una manera más clara a las exigencias constitucionales de los artículos 9.3 y 25.1 de la Norma fundamental"[998].

particular, de la reserva de ley en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, vid. B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, op. cit., pp. 117 y ss.

996 M. BAENA DEL ALCÁZAR, "La potestad disciplinaria de los colegios profesionales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", op. cit., p. 179, subraya la evidente complejidad de la situación por el casuismo, la indefinición y la dispersión, a estos efectos, de la normativa reguladora de las infracciones de los profesionales.

997 G. ARIÑO ORTIZ y J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, *Constitución y colegios profesionales*, op. cit., pp. 152 y ss., defendían ya la necesidad de regular en una norma con rango legal las infracciones y sanciones más importantes en este ámbito. Comparte, en todo caso, esta opinión A. SALOM PARETS, *Los colegios profesionales*, op. cit., p. 181, que da noticia de la tendencia, en este sentido, de las leyes autonómicas aprobadas en la materia, entre otras, a título de ejemplo, las Leyes 18/1997, de 21 de noviembre, de Colegios Profesionales del País Vasco; 10/1998, de 14 de diciembre, de Colegios Profesionales de las Islas Baleares; y, 7/2006, de 31 de mayo, de Colegios Profesionales de Cataluña. Tampoco hay duda para L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., p. 831, que la actuación más acuciante del legislador en esta materia debe ir dirigida a reforzar las garantías de la tipificación de infracciones, en cuanto se trata del "flanco más débil" al respecto.

998 FJ 6.

En caso contrario, es decir, de continuar esta indefinida remisión preconstitucional en blanco que establece en la materia la LCP se prolongaría la indeseable inseguridad jurídica que reina actualmente en este ámbito, propiciando la posible vulneración de derechos fundamentales esenciales de los sancionados[999]. No hay duda de los beneficios que implica la solución colegial, aplicada en sus justos términos, para garantizar el ejercicio profesional óptimo y con el máximo respeto a aquellas obligaciones mínimas que han de integrar el código deontológico correspondiente[1000].

De ahí, precisamente, la necesidad de rectificar sus fallos, de aprovechar, en definitiva, los elementos disponibles para dar una solución legal adecuada y razonable al ejercicio de la potestad sancionadora colegial[1001]; facultad disciplinaria necesaria como "saludable fórmula de autoadministración" frente a la insuficiencia e inoportunidad de confiar exclusivamente en la vía penal[1002].

999 Vulneración que "está ocurriendo en la praxis judicial", según R. GARCÍA MACHO, "La potestad disciplinaria de los colegios profesionales", op. cit., p. 477.

1000 En tal sentido, L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., p. 689, para quien las potestades normativa y sancionadora son instrumentos "«conquistados» históricamente por los colegios profesionales […], y que han recibido carta de naturaleza en la Ley de Colegios Profesionales". Vid., asimismo, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional", op. cit., pp. 293 y ss.

1001 Más aún si se toma en consideración, como ha señalado en este punto R. GARCÍA MACHO, "La potestad disciplinaria de los colegios profesionales", op. cit., p. 481, que las sanciones colegiales pueden limitar tanto la libre elección como el libre ejercicio profesional (artículos 35.1 y 36 de la Constitución).

1002 E. ORTEGA MARTÍN, "Las potestades administrativas de las corporaciones públicas", op. cit., p. 225, llega a contemplar incluso la posibilidad de una triple sanción, penal, disciplinaria y colegial, conforme con el principio *non bis in idem*, para aquellos supuestos en que un funcionario público colegiado incurre en alguna actuación sancionable por vía penal que lesione de forma clara a la profesión, esto es, su prestigio, buen nombre, confianza de los ciudadanos en su probidad, etc.

VII. BREVE REFLEXIÓN FINAL

La oportunidad de una ley estatal que defina las bases comunes al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora resulta indudable. Ha sido reivindicada y resulta patente a la vista de las diversas incógnitas planteadas en este ámbito, en especial, en relación a la aplicación del principio constitucional de legalidad en su doble vertiente, formal y material, al ejercicio administrativo de la potestad[1003]. Solventaría, sin duda, buena parte de los problemas interpretativos planteados actualmente al respecto, por cuanto vendría a dar una cobertura legal mínima, homogénea y, sobre todo, constitucionalmente adecuada al ejercicio de la potestad sancionadora por una multiplicidad de Administraciones y entidades diversas, tanto de carácter propiamente instrumental o institucional como de naturaleza corporativa[1004].

[1003] No en vano, como señala A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 565, a la vista de la flexibilización jurisprudencialmente admitida, la reserva legal "pura y simplemente no existe", perfilando la doctrina del Tribunal Constitucional el mandato de tipificación en unos términos tan rigurosos que "ha terminado haciéndola inviable".

[1004] Así se mantiene, en concreto, en A. CASARES MARCOS, "Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes institucionales y corporativos", op. cit., pp. 320 y ss.; y, "Entes institucionales y corporativos, potestad sancionadora", op. cit., p. 423. Las dudas interpretativas planteadas al respecto son, como se ha subrayado *supra*, incontables, debido tanto a la ausencia de una ley estatal básica en la materia como al silencio o, en ocasiones, ambigua redacción de la normativa sancionadora vigente. En este sentido, sobre la trascendencia y el fundamento constitucional de un buen lenguaje legal, vid. J. PRIETO DE PEDRO, "Los vicios del lenguaje legal. Propuestas de estilo", en F. SÁINZ MORENO y J. C. DA SILVA OCHOA (Coords.), *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria, 1989, pp. 121 y ss.; y, del mismo autor, "Lenguaje jurídico y Estado de Derecho", *RAP*, núm. 140, mayo-agosto 1996, pp. 111 y ss.

No en vano, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de subrayar y consolidar la divergencia de los ámbitos sancionadores administrativo y penal, admitiendo, como se ha expuesto al hilo del estudio y análisis de su doctrina, la posible modulación, matización y adaptación de los principios penales sancionador por el artículo 25.1 de la Constitución a las características propias y exigencias específicas de la actividad administrativa y, por ende, de la protección que dispensa a los requerimientos derivados del interés general.

Sin que tal flexibilidad pueda llegar a suponer, no obstante, en caso alguno, la supresión absoluta o desaparición, sin más, de aquellas garantías constitucionales consideradas mínimas, dirigidas a asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados, en última instancia, por el ejercicio de la potestad sancionadora correspondiente[1005].

Las garantías constitucionales deben cumplir con su función garantizadora, tomando en consideración, evidentemente, las peculiaridades propias e inherentes a cada rama sancionadora del ordenamiento jurídico, pero sin que la *ratio* utilitarista en la represión administrativa o su mayor comodidad o facilidad para hacer uso de su potestad punitiva puedan erigirse en razón suficiente o adecuada para escudarse tras títulos legitimadores de justificación y aplicabilidad dudosa, en este sentido, la ya aludida y recurrente relación especial de sujeción, para socavar los cimientos de tales salvaguardias erigidas por nuestra Carta Magna[1006].

Resulta criticable, a mi juicio, y absolutamente desconcertante, sin duda, que más de treinta años después de la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, inmersos como estamos en un auténtico frenesí normativo derivado de una legislación no ya motorizada sino auténticamente desbocada, continuemos avanzando por la senda del Derecho Administrativo sancionador a golpe de pronunciamiento jurisprudencial, a partir de construcciones teóricas alumbradas por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa sobre la base de circunstancias

[1005] Con todo, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 561, denuncia la "situación incomodísima" en que se ha desembocado, "habida cuenta de que nunca podemos saber de antemano el alcance de las matizaciones que reconocerá en cada caso el Tribunal", de tal forma que "se ha terminado en manos del Tribunal Constitucional".

[1006] En idéntico sentido, B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, op. cit., p. 112, para quien los matices en relación con el Derecho disciplinario "podrían ser aquí más intensos", sin que ello autorice "a romper la unidad básica" del ordenamiento punitivo público; T. QUINTANA LÓPEZ, "La potestad disciplinaria de las Administraciones sobre los empleados públicos", op. cit., p. 324, para quien la relación especial de sujeción ha llegado a suponer "una considerable merma de las garantías para el expedientado"; o, A. SÁNCHEZ LAMELAS, "Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: consideraciones en torno a los principios de garantía", op. cit., p. 398. También A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 127 ha insistido en la necesidad, a estos efectos, de "ir pensando en el acotamiento y elaboración dogmática propia de las relaciones disciplinarias o de sujeción especial".

y consideraciones eminentemente casuísticas[1007], que, aun cuando hayan dado en el pasado frutos admirables en pos de la protección de los bienes jurídicos e intereses públicos afectados, han de volver a su cauce natural de enjuiciamiento de la acción administrativa y del ejercicio de las potestades públicas sobre unos mínimos legales suficientes y constitucionalmente adecuados, definidos *a priori* por el legislador competente[1008].

[1007] De un Derecho de "creación pretoriana" habla a este respecto A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 557. Son de plena actualidad las reflexiones, en este sentido, de R. RIVERO ORTEGA, "Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho Administrativo", *RAP*, núm. 146, mayo-agosto 1998, pp. 85 y ss., sobre las patologías del Derecho Administrativo, su complejidad e inseguridad y el papel del juez al respecto, así como sobre la necesidad de que el ordenamiento jurídico coadyuve a uniformar la interpretación jurisprudencial.

[1008] Se pronuncia en un sentido similar M. CASINO RUBIO, "Las garantías constitucionales del procedimiento administrativo sancionador", en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 181 y ss., para quien el "saldo técnico" del camino recorrido conjuntamente por la doctrina y la jurisprudencia administrativas en el campo del Derecho administrativo sancionador es "muy satisfactorio", sin que pueda decirse lo mismo del "legislador general administrativo que, en todo este tiempo, apenas ha acertado a establecer unas pocas reglas, que están tomadas además en su mayor parte de la doctrina del Tribunal Constitucional, y que alivian más bien poco el lastre del Derecho penal que todavía se arrastra". Se muestra asimismo insatisfecho con las referencias de la doctrina constitucional a la necesidad de evitar vacíos normativas y la consiguiente impunidad de determinadas conductas consideradas ilícitas en normas de rango inferior a la ley, en particular, en la Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, relativa al ejercicio de la potestad disciplinaria colegial, I. LÓPEZ CÁRCAMO, "Normas sancionadoras administrativas en blanco. Problemas que plantean respecto a su acomodación a las exigencias del principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución (análisis crítico de la jurisprudencia más reciente)", op. cit., p. 210.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD LICERAS, J. Mª.: "El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores y supervisores en el mercado español", en J. Mª. ABAD LICERAS y F. IRURZUN MONTORO (Coords.), *La Administración reguladora y supervisora: visión teórico-práctica*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 65-105.

ACOSTA GALLO, P.: "La potestad normativa de otras entidades", en E. ÁLVAREZ CONDE y R. PLAZA DE DIEGO (Dirs.), *Derecho Público y Administración de la Comunidad de Madrid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, Tomo I, pp. 197-226.

AGÚNDEZ LERÍA, I.: "La protección de datos de carácter personal y la Agencia Española de Protección de Datos", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 938-978.

AJA, E.; CARRILLO, M. y ALBERTI, E.: *Manual de jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.

AJA, E.; TORNOS, J.; FONT, T.; PERULLES, J. M. y ALBERTÍ, E.: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2007.

ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960.

ALBIÑANA CILVETI, C. y SUAY RINCÓN, J.: "Comentario al artículo 25", en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, CECA, Madrid, 1991, pp. 89-106.

ALEGRE ÁVILA, J. M.: "Relaciones especiales de sujeción, legalidad sancionadora y servicios públicos", en L. COSCULLUELA MONTANER (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 759-778.
- "Potestad sancionadora y entes locales: el principio de legalidad sancionadora", *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 71, 2004, pp. 28-36.

ALLI TURRILLAS, J. C.: "¿A qué nos referimos al hablar de fundaciones públicas? (Las agudas aristas de una figura singular)", en J. F. ALENZA GARCÍA y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (Dirs.), *Organización y procedimientos administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 303-335.
- *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

ÁLVAREZ CARREÑO, S. M.: "El proceso de institucionalización de las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos en España", *Via Iuris*, núm. 7, julio-diciembre 2009, pp. 13-26.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. Mª.: "Entidades públicas empresariales", en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y E. ÁLVAREZ CONDE (Dirs.), *Estudios sobre la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 95-121.

ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

ANSCHÜTZ, G.: *Reichsverfassung*, 1929.
- *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 1933.

APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

ARAGÓN REYES, M.; GARCÍA VILLAVERDE, R. y SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *El Régimen Jurídico de las Cajas de Ahorros*, Caja de Madrid, Madrid, 1991.

ARIÑO ORTIZ, G.: "Corporaciones profesionales y Administración Pública", *RAP*, núm. 72, septiembre-diciembre 1973, pp. 27-72.
- "Naturaleza de las Cámaras de Comercio: notas a una polémica", *DA*, núm. 135, mayo-junio 1970, pp. 11-33.
- *La Administración institucional (bases de su régimen jurídico). Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.
- *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El sistema contractual administrativo*, Comares, Granada, 2002, Tomo I.
- "El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho", *RAP*, núm. 182, mayo-agosto 2010, pp. 9-37.

ARIÑO ORTIZ, G. y SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.ª: *Constitución y colegios profesionales*, Unión Editorial, Madrid, 1984.

ARROYO ZAPATERO, L.: "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", *REDC*, núm. 8, mayo-agosto 1983, pp. 9-46.

ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ, I.: "El procedimiento administrativo sancionador tipo: ámbito de aplicación", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo I, pp. 351-396.

AVEZUELA CÁRCEL, J.: *Supervisión presidencial y potestad normativa de las Agencias reguladoras en los Estados Unidos*, Civitas, Madrid, 2011.

ÁVILA ÁLVAREZ, A. M.ª y PANIZO GARCÍA, A.: "La constitucionalidad de las Cámaras de Comercio: un debate paradójico", en L. LÓPEZ RODÓ (Coord.), *Las Cámaras de Comercio e Industria en la Europa Continental*, Gráficas Monedero, Madrid, 1995, pp. 271-278.

AYALA MUÑOZ, J. Mª.: "El ejercicio de la potestad sancionadora por las Comunidades Autónomas: las especialidades del procedimiento administrativo sancionador en la normativa autonómica", *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo I, pp. 633-657.

BACIGALUPO, E.: *Sanciones administrativas. Derecho español y comunitario*, Colex, Madrid, 1991.

BACIGALUPO, M.: "La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE", en A. JIMÉNEZ-BLANCO y J. RAMÓN PARADA (Coords.), *La Administración Pública: reforma y contrarreforma*, FAES, Madrid, 1999, pp. 101-152.

BAENA DEL ALCÁZAR, M.: "Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho Administrativo", *RAP*, núm. 48, septiembre-diciembre 1965, pp. 107-126.
- *Los Colegios Profesionales en el Derecho administrativo español,* Montecorvo, Madrid, 1968.
- "Una primera aproximación a la nueva Ley de Colegios Profesionales", *RAP*, núm. 74, mayo-agosto 1974, pp. 55-111.
- *Europa y las profesiones liberales*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1989.
- "La potestad disciplinaria de los colegios profesionales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 157-192.

BAÑO LEÓN, J. Mª.: *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988.
- "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", *REDC*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, pp. 155-179.
- *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, Civitas, Madrid, 1991.

BARRERO RODRÍGUEZ, C.: "Algunas consideraciones sobre los fines de las fundaciones y su garantía por la Administración", *RAP*, núm. 183, septiembre-diciembre 2010, pp. 73-97.

BASSOLS COMA, M.: "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", *RAP*, núm. 88, enero-abril 1979, pp. 107-153.

BASSOLS COMA, M. y SERRANO ALBERCA, J. M.: "El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150.2: análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas", *RAP*, núm. 97, enero-abril 1982, pp. 31-71.

BELLO PAREDES, S. A.: "La reserva de ley en el ámbito sancionador local, ¿estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?", *REAL*, núms. 286-287, mayo-diciembre 2001, pp. 281-303.
- *Las Ordenanzas locales en el vigente Derecho español. Alcance y articulación con la normativa estatal y autonómica*, INAP, Madrid, 2002.
- "Las Agencias de protección de datos en la sociedad de la información: un interesante ejemplo de actuación administrativa «tutelar» e «independiente»", en A. MURILLO VILLAR y S. A. BELLO PAREDES (Coords.), *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Universidad de Burgos, Burgos, 2005, pp. 135-149.

BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- "Realidad y constitucionalidad en el Derecho Administrativo sancionador (II)", *RJCLM*, núm. 40, mayo 2006, pp. 9-69.

BERMEJO LATRE, J. L.: "Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la «huida» del Derecho administrativo", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo I, pp. 935-960.
- "Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas", *REDA*, núm. 124, octubre-diciembre 2004, pp. 611-629.

BERMEJO LATRE, J. L. y MIR PUIGPELAT, O.: "Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública", *REDA*, núm. 104, octubre-diciembre 1999, pp. 575-593.

BERMEJO VERA, J.: "Constitución y ordenamiento deportivo", en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo II, pp. 1.519-1.549.
- "Repercusión de los principios constitucionales en el régimen de la potestad sancionadora de la Administración", en *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (II)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, Tomo I, pp. 657-669.
- "Entes instrumentales para la gestión de la función pública del deporte: las federaciones deportivas", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 299-317.
- "Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares", *RArAP*, núm. 20, junio 2002, pp. 299-320.
- "Deporte, potestad disciplinaria", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 225-251.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.
- "Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de

que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 439-493.
- *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas, Madrid, 2010.

BILBAO UBILLOS, J. Mª.: "Las Agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 1999, pp. 163-184.

BLASCO DÍAZ, J. L.: *Ordenanza municipal y Ley*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A.: "Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar", *REDA*, núm. 111, julio-septiembre 2001, pp. 405-428.

BONET GUTIÉRREZ, C. J.: "Administración institucional. Tipología. Aproximación a su régimen jurídico", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 333-355.

BOQUERA OLIVER, J. Mª.: "Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los Reglamentos", *REDA*, núms. 40-41, enero-marzo 1984, pp. 5-42.
- "La sistematización del Derecho Administrativo desde la personalidad jurídica de la Administración del Estado", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo II, pp. 839-848.

BOTO ÁLVAREZ, A.: "Las agencias estatales como nuevo modelo organizativo general", *AJA*, núm. 726, 19 de abril de 2007, pp. 1-9.

BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, P.: "La titularidad de la potestad reglamentaria", *PJ*, núm. 1, pp. 101-107.

BURZACO SAMPER, M.: "La potestad sancionadora de la Administración y su aplicación en el caso de los organismos reguladores", en J. Mª. ABAD LICERAS y F. IRURZUN MONTORO (Coords.), *La Administración reguladora y supervisora: visión teórico-práctica*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 107-158.

CALVO ROJAS, E.: "El régimen sancionador de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. El principio de proporcionalidad", en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 19-31.

CALVO SÁNCHEZ, L.: *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Civitas, Madrid, 1998.
- "Las dificultades de sujeción a control deontológico de las sociedades profesionales", en L. MARTÍN REBOLLO (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 1.911-1.934.

CAMPS POVILL, A.: *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1996.

CANALES GIL, Á.: "El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal", *RJCyL*, núm. 12, abril 2007, pp. 13-56.

CANO CAMPOS, T.: "La analogía en Derecho Administrativo sancionador", *REDA*, núm. 113, enero-marzo 2002, pp. 51-88.
- "Analogía e interpretación extensiva", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 104-119.

CANO MATA, A.: *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Edersa, Madrid, 1984.
- "Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas", *RAP*, núm. 119, mayo-agosto 1989, pp. 199-232.

CARBALLEIRA RIVERA, Mª. T.: "Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes locales", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 235-259.
- *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009.
- "Entes locales, potestad sancionadora", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 426-445.

CARBONELL PORRAS, E. y MUGA MUÑOZ, J. L.: *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

CARLÓN RUIZ, M.: "Principio de proporcionalidad", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 741-757.
- "El impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el régimen de los colegios profesionales", *RAP*, núm. 183, septiembre-diciembre 2010, pp. 99-137.

CARRETERO PÉREZ, A. y CARRETERO SÁNCHEZ, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, Edersa, Madrid, 1992.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: "Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1º de la Constitución", *REDC*, núm. 1, enero-abril 1981, pp. 133-158.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. y GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", *RAP*, núm. 87, septiembre-diciembre 1978, pp. 161-204.

CASARES MARCOS, A.: *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, Madrid, 2007.
- "Tipología fundacional", en la obra colectiva BENEYTO PÉREZ, J. Mª. (Dir.) y RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A. (Coord.), *Tratado de fundaciones*, Bosch, Barcelona, 2007, Tomo I, pp. 179-261.
- "Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes institucionales y corporativos", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 261-321.
- "Entes institucionales y corporativos, potestad sancionadora", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 396-426.

CASINO RUBIO, M.: "Las garantías constitucionales del procedimiento administrativo sancionador", en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 181-194.

COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: "Artículo 25. Garantía penal", en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, Tomo III, pp. 61-103.

COBO OLVERA, T.: *El procedimiento administrativo sancionador tipo. Legislación, jurisprudencia, doctrina y formularios*, Bosch, Barcelona, 2008.

COLOM i PASTOR, B.: "Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional", *REDA*, núms. 40-41, enero-marzo 1984, pp. 239-248.

CONDE ORTIZ, C.: *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, Madrid, 2005.

COSCULLUELA MONTANER, L.: "La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas", *RAP*, núm. 89, mayo-agosto 1979, pp. 7-59.
- "La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, Tomo I, pp. 535-590.
- "Nuevas tendencias en la regulación de las corporaciones de derecho público en el Derecho español", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 349-361.
- "Las Agencias estatales", *RECE*, núm. 24, 2006, pp. 29-53.
- *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2008, Tomo I.

CUETO PÉREZ, M.: "Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 95-117.

CUSCÓ, M. y CUNILLERA, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Dijusa, Madrid, 2005.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.: "¿Son trasplantables en bloque a la potestad sancionadora de la Administración las garantías que limitan el *ius puniendi* de los Tribunales? Respuesta a la luz de un supuesto concreto: las sanciones impuestas por infracciones al régimen horario aplicable a los espectáculos públicos", *La Ley*, 1986, Tomo II, pp. 985-995.

DE LA SERNA, Mª. N.: "Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 495-510.

DE LA CRUZ FERRER, J.: "La regulación legal de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y los derechos fundamentales: reflexiones sobre el control de constitucionalidad y Derecho comparado", en L. LÓPEZ RODÓ (Coord.), *Las Cámaras de Comercio e Industria en la Europa Continental*, Gráficas Monedero, Madrid, 1995, pp. 285-303.

DE LORENZO GARCÍA, R.: "La Organización Nacional de Ciegos Españoles: breve estudio de una organización singular", en *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993, pp. 243-274.

DE OTTO, I.: "Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *RVAP*, núm. 10, septiembre-diciembre 1984, pp. 53-72.

DE VICENTE DOMINGO. R.: *Los entes instrumentales en las Leyes de Procedimiento y de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.

DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.-C.: *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas. El derecho a saber y la obligación de callar*, Civitas, Madrid, 2007.

DEL SAZ CORDERO, S.: "Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional", en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, 1992, pp. 99-195.
- *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- "La liquidación de las Cámaras de la Propiedad Urbana", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 805-822.
- *Los colegios profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

DÍEZ-PICAZO, L. Mª.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.

DOMÍNGUEZ VILA, A.: *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

EMBID IRUJO, A.: *Ordenanzas y Reglamentos municipales en el Derecho español*, IEAL, Madrid, 1978.
- "Potestad reglamentaria", *RVAP*, núm. 29, enero-abril 1991, pp. 73-121.
- "Ordenanzas y Reglamentos municipales", en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Tratado de Derecho municipal*, Iustel, Madrid, 2010, Tomo I, pp. 717-780.
- *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2010.

ENTRENA CUESTA, R.: "Artículo 148", en F. GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 2.536-2.563.
- "Artículo 149", en F. GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 2.564-2.572.

ESPÍN TEMPLADO, E.: "Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución española", *RCG*, núm. 6, septiembre-diciembre 1985, pp. 167-230.

ESPINOSA CALABUIG, J. L.: "Los colegios profesionales en el marco constitucional", en M. MARTÍNEZ SOSPEDRA (Coord.), *La Constitución española de 1978 después de su trigésimo aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 211-225.

ESTEVE PARDO, J.: "Las asociaciones de configuración legal. El caso de las federaciones deportivas", *REDA*, núm. 45, enero-marzo 1985, pp. 113-122.
- "Sanciones administrativas y potestad reglamentaria. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1986", *REDA*, núm. 49, enero-marzo 1986, pp. 99-108.

EZQUERRA HUERVA, A.: "Regulación de la potestad sancionadora", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 966-974.

FANLO LORAS, A.: *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, Civitas, Madrid, 1992.
- "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", en L. MARTÍN-RETORTILLO (Coord.), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 67-124.

FERNÁNDEZ-FARRERES, G.: "Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en bancos, cajas de ahorro y otras entidades", *RAP*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 2.545-2.601.
- *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993.
- "Administraciones instrumentales", en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 341-364.
- "Corporaciones de derecho público", en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 365-372.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: "La remisión normativa y el control de Reglamentos en dos Sentencias recientes", *RAP*, núm. 63, septiembre-diciembre 1970, pp. 183-196.
- *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972.
- *En torno a la Ley de Colegios Profesionales. Conferencia pronunciada el día 4 de mayo de 1974*, Colegio Provincial de Abogados de San Sebastián, San Sebastián, 1974.

- "Sobre la naturaleza de las comunidades de regantes", *REDA*, núm. 2, julio-septiembre 1974, pp. 290-294.
- "El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *REVL*, núm. 201, enero-marzo 1979, pp. 9-36.
- "Los poderes normativos del Banco de España", *RDBB*, núm. 13, enero-marzo 1984, pp. 7-32.
- "Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva", *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 399-436.
- "Comentario a la Disposición Adicional Octava de la Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito", en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, CECA, Madrid, 1989, pp. 197-203.
- "La autonomía de los Bancos Centrales", *PEE*, núm. 43, 1990, pp. 2-16.
- "El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis", en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, CECA, Madrid, 1991, pp. 13-27.
- "Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RVAP*, núm. 34, vol. II, septiembre-diciembre 1992, pp. 33-44.
- "El principio de legalidad en materia sancionadora", en *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (II)*, vol. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 635-656.
- "Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 427-439.
- "La potestad reglamentaria de las corporaciones locales", en S. MARTÍNEZ-VARES GARCÍA (Dir.), *Administración local*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 203-225.

FERNÁNDEZ RUIZ, P. y SAMPOL PUCURULL, M.: "Ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 61-88.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2003.

FERNANDO PABLO, M.: *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Colex, Madrid, 1998.
- "El poder regulador en el mercado de las telecomunicaciones", en F. SOSA WAGNER (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo III, pp. 2.853-2.894.

FONT I LLOVET, T.: "La evolución del Gobierno local en España: de los «nuevos principios» a la «geometría variable»", *Anuario del Gobierno Local*, 1999-2000, pp. 13-34.
- "La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoadministración corporativa", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003, pp. 253-268.

FRANCH I SAGUER, M.: *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Civitas, Madrid, 1992.

FUERTES LÓPEZ, M.: *Asociaciones y sociedades deportivas*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- "El proyecto de Ley de Autonomía del Banco de España", *RDBB*, núm. 51, julio-septiembre 1993, pp. 745-762.
- *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- "Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *REALA*, núm. 279, 1999, pp. 25-34.
- *Grupos públicos de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- "A vueltas con la independencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores", *RDBB*, núm. 107, julio-septiembre 2007, pp. 163-181.

GALÁN GALÁN, A.: *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001.

GALLARDO CASTILLO, Mª. J.: *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Iustel, Madrid, 2008.

GALLEGO ANABITARTE, A.: "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración", *RAP*, núm. 34, enero-abril 1961, pp. 11-51.

GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A.: "Artículo 97. Funciones del Gobierno", en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1985, Tomo VIII, pp. 25-93.

GALLEGO MORALES, Á. J.: *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, Comares, Granada, 1996.

GÁLVEZ MONTES, J.: *La organización de las profesiones tituladas*, Consejo de Estado y BOE, Madrid, 2002.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989.
- "Potestad sancionadora, jurisprudencia constitucional y reforma del control jurisdiccional de las sanciones administrativas", *AJA*, núm. 324, 1997, pp. 1-5.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G.: *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, Tomos I y II.

GARCÍA ÁLVAREZ, G.: "El concepto de Reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, Tomo II, pp. 1.473-1.502.
- "Sanciones y reserva de ley en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional", *RArAP*, núm. 20, junio 2002, pp. 541-576.
- "Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico", *RAP*, núm. 171, septiembre-diciembre 2006, pp. 139-179.

GARCÍA AMADO, J. A.: "Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 11-41.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: "Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria", en *XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, Barcelona, 2002, pp. 395-427.
- "Fundaciones de la Administración Pública", en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (eds.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 645-752.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La lucha contra las inmunidades del poder", *RAP*, núm. 38, mayo-agosto 1962, pp. 159-205.
- "Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario", *REDA*, núm. 5, abril-junio 1975, pp. 203-214.
- "El problema jurídico de las sanciones administrativas", *REDA*, núm. 10, julio-septiembre 1976, pp. 399-430.
- "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional", *REDA*, núm. 29, abril-junio 1981, pp. 359-368.

- "La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución", *REDA*, núm. 33, abril-junio 1982, pp. 277-295.
- "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico", *REDC*, núm. 5, 1982, pp. 63-93.
- *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985.
- "Significado general del Anteproyecto de Ley sobre Vigilancia y Supervisión de Entidades Financieras", *RDBB*, núm. 28, octubre-diciembre 1987, pp. 702-708.
- "Constitución, fundaciones y sociedad civil", *RAP*, núm. 122, mayo-agosto 1990, pp. 235-256.
- "La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC: el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal", *REDA*, núm. 80, octubre-diciembre 1993, pp. 657-678.
- "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *REDA*, núm. 89, enero-marzo 1996, pp. 69-89.
- *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998.
- "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas (Sentencia Comisión c. España C-214/00, de 15 de mayo de 2003)", *REDA*, núm. 119, julio-septiembre 2003, pp. 471-487.
- "Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre la contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)", *REDA*, núm. 120, octubre-diciembre 2003, pp. 667-677.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Dir.): *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, Tomo I.
- *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2008, Tomo I.
- *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1981, Tomo II.
- *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2008, Tomo II.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: "Sujetos con potestad sancionadora", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 1.055-1.067.

GARCÍA LLOVET, E.: "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", *RAP*, núm. 131, mayo-agosto 1993, pp. 61-118.

GARCÍA MACHO, R.: *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988.
- "En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción", *REDA*, núm. 64, octubre-diciembre 1989, pp. 521-531.
- *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.
- "Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción", en *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (II)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, Tomo I, pp. 671-687.
- "La potestad disciplinaria de los colegios profesionales", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 475-484.

GARCÍA MURCIA, J.: "Derecho de sindicación y colegios profesionales en la jurisprudencia constitucional", *REDC*, núm. 31, 1991, pp. 151-200.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, EDERSA, Madrid, 1967, Tomo II.

GARDE, J. A. (Coord.): *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas. Reflexiones y propuesta de creación. Informe Comisión Expertos*, INAP, Madrid, 2005.

GARRIDO FALLA, F.: "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", *RAP*, núm. 28, enero-abril 1959, pp. 11-50.
- "Corporación", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1953, pp. 753-761.
- "Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 27-45.
- "Artículo 36", en F. GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 814-817.

GIANNINI, M. S.: "Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia", *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Volumen II, Cedam, Padova, 1940, pp. 707-733.
- "Istituti di Credito e servizi di interesse pubblico", *Moneta e Credito*, núm. 1, 1949, pp. 105-119.
- "Gli elementi degli ordinamenti giuridici", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 2, 1958, pp. 219-240.
- *Diritto Amministrativo*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1970.
- *Derecho Administrativo*, Tomo I, MAP, Madrid, 1991 (traducción de L. ORTEGA ÁLVAREZ).
- *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1993.

GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E.: "Las entidades deportivas de carácter no lucrativo", en *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993, pp. 509-544.

GÓMEZ TOMILLO, M.: *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

GONZÁLEZ CUETO, T.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: "El «Big-Bang» del procedimiento administrativo sancionador común", *REDA*, núm. 78, abril-junio 1993, pp. 223-231.
- "El sistema normativo de los colegios profesionales. Propuesta de un modelo para su interpretación teórica y aplicativa", en L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (Dir. y Coord.), *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 2.965-3.034.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: *Las sanciones administrativas en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ SALINAS, J.: "Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo", *RAP*, núm. 121, enero-abril 1990, pp. 159-211.

GONZÁLEZ TOBARRA, P. y JIMÉNEZ CARBAJO, J. R.: "El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 91-161.

GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.: "Conceptos jurídicos indeterminados y realidades económicas difusas en la Constitución de 1978", en L. COSCULLUELA MONTANER (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 205-218.

GUERRERO PICÓ, Mª. C.: *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Civitas, Madrid, 2006.

GUICHOT REINA, E.: *Datos personales y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2005.
- "Protección de datos personales, potestad sancionadora", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 904-914.

GUTIÉRREZ DELGADO, J. M.: "Situación jurídica actual de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 241-270.

HEREDERO HIGUERAS, M.: "La Agencia de Protección de Datos", *Informática y Derecho*, núms. 6-7, 1994, pp. 323-357.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.: "El decreto-ley como título habilitante de la potestad sancionadora en materia de juegos de azar", en *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, Ministerio del Interior, Madrid, 1993, Tomo II, vol. 1, pp. 689-708.
- "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *RAP*, núm. 166, enero-abril 2005, pp. 169-199.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, J.: "Sobre la nueva potestad sancionadora municipal a la luz de la Ley 57/2003", *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 71, 2004, pp. 37-51.

HERNÁNDEZ MARQUÉS, H.: "Colegios profesionales, facultades disciplinarias y principio de legalidad", *Boletín del ICAM*, núm. 11, febrero 1999, pp. 25-52.

HERRÁN ORTIZ, A. I.: *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 1998.

HERRERO DE MIÑÓN, M.: "Los colegios profesionales en la Constitución española", *Boletín de la Facultad de Derecho. UNED*, núm. 6, 1994, pp. 85-96.

HERRERO DE MIÑÓN, M. y FERNÁNDEZ DEL VALLADO, J.: *Especialización y profesión médica. La garantía constitucional de las profesiones tituladas y la especialización médica según la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1997.

HINOJOSA MARTÍNEZ, E.: "La cláusula de la garantía de la igualdad básica y la competencia sancionadora de las Comunidades Autónomas", *RAAP*, núm. 31, julio-septiembre 1997, pp. 67-89.

HUERGO LORA, A.: *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- "Peculiaridades de la potestad sancionadora en materia de protección de datos", en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 149-159.

HUERTA TOCILDO, S.: "Principio de legalidad y normas sancionadoras", en la obra colectiva *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 11-76.

HURTADO IGLESIAS, S.: "Sociedades mercantiles", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1.527-1.568.

JIMÉNEZ-BLANCO, A.: "Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *La Ley*, 1988, Tomo II, pp. 989-993.
- *Derecho público del mercado de valores*, CEURA, Madrid, 1989.
- "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo II, pp. 635-650.
- "Funciones constitucionales y actos del Gobierno en la Ley", *DA*, núms. 246-247, 1997, pp. 219-229.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987.
- "Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 393-416.
- "Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y E. ÁLVAREZ CONDE (Dirs.), *Estudios sobre la Ley de Organización*

y Funcionamiento de la Administración General del Estado, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 153-186.

JUNCEDA MORENO, J.: "Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 119-131.

LAMANA PALACIOS, J. y GARCÍA DUARTE, M.: "Deportes", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo II, pp. 693-767.

LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.
- "La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local", *RVAP*, núm. 68, enero-abril 2004, pp. 155-176.
- "Artículo 1. Ámbito de aplicación", en I. LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Ley de la Potestad Sancionadora. Comentario sistemático*, IVAP, Bilbao, 2006, pp. 71-86.

LEGA, C.: *Deontología de la profesión de abogado*, Civitas, Madrid, 1983.

LEGUINA VILLA, J.: "Las Comunidades Autónomas", en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dirs.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 739-796.
- *Escritos sobre autonomías territoriales*, Tecnos, Madrid, 1995.

LESMES SERRANO, C.: "Tutela de la Administración corporativa", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 129-156.

LLISET BORRELL, F. y LÓPEZ PELLICER, J. A.: *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, El Consultor, Madrid, 2002.

LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.
- *Las Denominaciones de Origen*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- "Marco institucional de las sanciones comunitarias", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 359-395.
- "El momento actual de las denominaciones de origen vitivinícolas", en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (Coord.), *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo Estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 341-424.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. y REBOLLO PUIG, M.: "Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18º de la Constitución a entes no administrativos", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 507-522.

LÓPEZ CÁRCAMO, I.: "Normas sancionadoras administrativas en blanco. Problemas que plantean respecto a su acomodación a las exigencias del principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución (análisis crítico de la jurisprudencia más reciente)", *RVAP*, núm. 29, enero-abril 1991, pp. 203-216.

LÓPEZ DE LERMA i LÓPEZ, J.: "Agencias independientes. Origen, naturaleza jurídico-constitucional y control parlamentario", *RCG*, núm. 56, mayo-agosto 2002, pp. 7-44.

LÓPEZ GUERRA, L.: "Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 de la Constitución", en A. PÉREZ CALVO (Dir.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, INAP, Madrid, 1990, pp. 79-93.
- "La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 de la Constitución", en *La función del artículo 149.1.1 de la Constitución en el sistema de distribución de competencias. Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1992, pp. 9-24.
- *Las Sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998.

LÓPEZ MENUDO, F.: *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982.
- "Los principios generales del procedimiento administrativo", *RAP*, núm. 129, septiembre-diciembre 1992, pp. 19-76.
- "El Derecho administrativo como Derecho «especial» y «excepcional» de algunos entes públicos. Consecuencias", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 543-574.
- "La tipología de entes de la Administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales", en F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID (Dir.), *Administración institucional*, CGPJ, 2004, pp. 93-161.
- "Principios del procedimiento sancionador", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 159-193.
- "Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras", en B. LOZANO CUTANDA, *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 721-733.

LÓPEZ MENUDO F. (Dir.); FALCÓN Y TELLA, R.; REBOLLO PUIG, M. y LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Estudios jurídicos sobre Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Andalucía*, Junta de Andalucía, Madrid, 1991.

LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *La ordenación legal de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 2006.

LÓPEZ RAMÓN, F.: "El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente", *RAP*, núm. 126, septiembre-diciembre 1991, pp. 189-216.
- "La Agencia de Protección de Datos como Administración independiente en el Derecho español y comunitario europeo", en *Jornadas sobre el Derecho español de la protección de datos personales. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre, 1996*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996, pp. 251-262.

LOZANO CUTANDA, B.: "La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho Administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad", en C. PICÓ LORENZO (Dir.), *Las fronteras del Código Penal y el Derecho Administrativo sancionador*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 41-77.

MAGIDE HERRERO, M.: *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000.

MALARET I GARCÍA, E.: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas, Madrid, 1991.
- "La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)", *REDA*, núm. 76, octubre-diciembre 1992, pp. 557-598.
- "El Derecho de la Administración Pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales", en VV. AA., *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública. Barcelona, 7 de mayo de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 9-31.

MALARET i GARCÍA, E. y MARSAL FERRET, M.: *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonómics i locals, Barcelona, 2005.

MANTECA VALDELANDE, V.: "Las nuevas agencias estatales y su régimen legal", *AA*, núm. 21, diciembre 2006, pp. 2.564-2.572.

MARINA JALVO, B.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

MARROIG POL, L.: "La Agencia de Protección de Datos. Reflexiones sobre la Administración para la protección del tratamiento de los datos de carácter personal", en M. Á. DAVARA RODRÍGUEZ (Coord.), *X años de encuentros sobre informática y Derecho 1996-1997*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 173-191.

MARTÍN-CARO GARCÍA, F.; BETTSCHEN CAPA, B. y ESTOA PÉREZ, A.: *Las Agencias Estatales*, Iustel, Madrid, 2007.

MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Administrativo*, Trivium, Madrid, 1974.
- *Manual de Derecho autonómico*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1986.

MARTÍN REBOLLO, L. (Dir.): *El futuro de las autonomías territoriales. Comunidades Autónomas: balance y perspectivas*, Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1991.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "La doctrina de las materias reservadas a la Ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RAP*, núm. 39, septiembre-diciembre 1962, pp. 287-304.
- "Multa administrativa", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1978, pp. 677-699.
- *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973.
- *Materiales para una Constitución*, AKAL, Madrid, 1984.
- "Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades", *RAP*, núm. 130, enero-abril 1993, pp. 23-96.
- "Organismos autónomos y derechos fundamentales", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 103-121.
- "El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional", en L. MARTÍN-RETORTILLO (Coord.), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 289-350.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y DE OTTO Y PARDO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: "Las empresas públicas: reflexiones del momento presente", *RAP*, núm. 126, septiembre-diciembre 1991, pp. 63-132.
- "Acotaciones escépticas sobre la nueva regulación del procedimiento administrativo", *REDA*, núm. 78, abril-junio 1993, pp. 213-221.

- "Reflexiones sobre «el procedimiento administrativo común»", *RAP*, núm. 131, mayo-agosto 1993, pp. 7-33.
- "De la simplificación de la Administración Pública", *RAP*, núm. 147, septiembre-diciembre 1998, pp. 7-37.

MARTÍNEZ DE AZAGRA RIPA, N.: "La constitucionalidad de la Ley de Auditoría de Cuentas y la nueva doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 36 de la Constitución", *RAP*, núm. 134, mayo-agosto 1994, pp. 265-280.

MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: "Sociedades estatales, obras públicas hidráulicas y desalación de las aguas marinas: algunas acotaciones al talante privatizador de la última reforma de la Ley de Aguas", en L. COSCULLUELA MONTANER (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 305-327.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: "Naturaleza de las corporaciones públicas profesionales", *REDA*, núm. 39, octubre-diciembre 1983, pp. 603-608.
- "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)", *RAP*, núm. 144, septiembre-diciembre 1997, pp. 45-73.
- "Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad", en *XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, 2002, pp. 301-332.
- "La integración en el sistema de Administraciones Públicas de las Administraciones instrumentales", *RAAP*, núm. 51, julio-septiembre 2003, pp. 35-76.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ PÉREZ, D.: "El principio de proporcionalidad", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo I, pp. 267-304.

MARTÍNEZ VAL, J. M.ª: "Artículo 52. Organizaciones profesionales de defensa de los intereses económicos", en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, Tomo IV, pp. 423-432.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F.: "La Administración independiente: definición, naturaleza, encuadramiento sistemático y regulación", en J. Mª. ABAD LICERAS y

F. IRURZUN MONTORO (Coords.), *La Administración reguladora y supervisora: visión teórico-práctica*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 25-63.

MAYER, O.: *Derecho administrativo alemán*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1982.

MEILÁN GIL, J. L.: "La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo II, pp. 971-988.

MENÉNDEZ GARCÍA, P.: "Administraciones independientes (régimen jurídico)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, Tomo I, pp. 292-300.
- "Corporaciones profesionales y libre competencia", *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2002, pp. 339-363.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "La financiación privada de la construcción de obras públicas y la nueva regulación del contrato de concesión en su contexto social y económico", en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 11-28.
- *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: "Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e irretroactividad", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 65-93.

MESTRE DELGADO, J. F.: "Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora", *REDA*, núm. 57, enero-marzo 1988, pp. 79-88.
- "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo III, pp. 2.493-2.528.
- "Sanciones administrativas", en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, Tomo I, pp. 2.330-2.339.
- "Distribución de competencias (una reflexión sobre la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora y su alcance)", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 349-351.

MICHAVILA NÚÑEZ, J. Mª.: "«Relación especial de sujeción» en el sector crediticio y Estado de Derecho", *REDA*, núm. 54, abril-junio 1987, pp. 243-265.
- "El principio de legalidad en la potestad sancionadora de la Administración: nuevas aportaciones del TC", *PJ*, núm. 6, 1987, pp. 83-93.

MODERNE, F.: "Les modèles étrangers. Etude comparée", en C.-A. COLLIARD y G. TIMSIT (Dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988, pp. 186-222.

MONTORO PUERTO, M.: "Implicaciones del principio de tipicidad de infracciones administrativas en la legislación de las Comunidades Autónomas", *AA*, núm. 39, 20-26 de octubre de 1986, pp. 2.205-2.226.

MORENO MOLINA, A. M.: *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, BOE, Madrid, 1995.

MORENO MOLINA, J. A.: "Reciente evolución del Derecho comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000. Comisión contra España", en J. Mª. GIMENO FELIÚ (Coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, 2004, pp. 17-36.

MORENO REBATO, M.: "Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico", *RAP*, núm. 147, septiembre-diciembre 1998, pp. 159-200.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, I.: "El decreto-ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional", en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 819-870.
- "La huida del Derecho Administrativo, la personalidad jurídica de las Administraciones Públicas y el principio de eficacia. Reflexiones", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo II, pp. 989-1.012.

MUÑOZ MACHADO, S.: "Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en el Derecho español", *RAP*, núm. 77, mayo-agosto 1975, pp. 139-180.
- *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982.
- "En los confines del Estado de Derecho: la ordenación de los juegos de azar", *REDA*, núm. 49, enero-marzo 1986, pp. 5-17.
- *Servicio público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998.

- "Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías", *RAP*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000, pp. 195-216.
- *La regulación de la red. Poder y Derecho en internet*, Taurus, Madrid, 2000.
- "Los principios del Derecho de la regulación: la actividad de las Agencias y su control", *RGDA*, núm. 20, 2009, pp. 1-30.
- "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (Dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, Tomo I, pp. 15-244.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, 2011, Tomo IV.

MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1979.

MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: "Las funciones de la Agencia de Protección de Datos", en *Jornadas sobre el Derecho español de la protección de datos personales. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre, 1996*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996, pp. 263-284.
- "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad", en P. L. MURILLO DE LA CUEVA y J. L. PIÑAR MAÑAS, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 11-80.

MURO i BAS, X.: "La Agencia de Protección de Datos", *RAP*, núm. 147, septiembre-diciembre 1998, pp. 381-421.

NAVARRO DEL CACHO, C.: "Consideraciones sobre la constitucionalidad y la legalidad de la potestad reglamentaria de las entidades locales para la regulación de infracciones y sanciones administrativas", *RArAP*, núm. 5, diciembre 1994, pp. 167-208.

NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.
- "Problemas capitales del Derecho disciplinario", *RAP*, núm. 63, septiembre-diciembre 1970, pp. 39-83.

OLIVÁN DEL CACHO, J.: *Procedimiento sancionador y Estado autonómico*, Cedecs, Barcelona, 1996.

ORDUÑA PRADA, E.: "Ordenanza municipal y potestad sancionadora: la sorprendente concisión de la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio", *REAL*, núms. 286-287, mayo-diciembre 2001, pp. 363-384.
- "Potestad normativa y potestad sancionadora. La tipificación de infracciones y sanciones en las normas locales", en V. MERINO ESTRADA (Coord.), *La potestad normativa local: autoorganización, servicios públicos, tributos, sanciones y relaciones sociales,* CEMCI, Granada, 2008, pp. 191-234.

ORTEGA ÁLVAREZ, L.: "La nueva Ley española de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 259-274.
- "La potestad normativa local", *Anuario del Gobierno Local*, 2001, pp. 39-54.

ORTEGA MARTÍN, E.: "Las potestades administrativas de las corporaciones públicas", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, 2001, pp. 193-239.

ORTEGA TRECEÑO, J. V.: "Un caso de aplicación por el Tribunal Supremo de la reserva de ley para regular el ejercicio de las profesiones tituladas contenida en el artículo 36 de la Constitución", *REDA*, núm. 42, abril-junio 1984, pp. 485-491.

PACHECO CIFUENTES, A.: "La esperada reforma del régimen sancionador de la LOPD en la Ley de Economía Sostenible", *Iuris semanal. Boletín de noticias*, núm. 157, febrero 2011.

PALOMAR OLMEDA, A.: "La organización instrumental pública en el ámbito de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 417-438.

PALOMAR OLMEDA, A. y DE MIGUEL PAJUELO, F.: *El nuevo papel de la Administración General del Estado*, Dykinson, Madrid, 2004.

PARADA VÁZQUEZ, R.: "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *RAP*, núm. 67, enero-abril 1972, pp. 41-93.
- "Valor jurídico de la Circular", *RDBB*, núm. 2, abril-junio 1981, pp. 311-320.
- "Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas", *PJ*, núm. 4, 1982, pp. 19-26.
- *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, Tomo II.

PARDO GONZÁLEZ, M.: "Las agencias estatales", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 701-730.

PAREJA I LOZANO, C.: "Autonomía y potestad normativa de las Corporaciones locales", *RAP*, núm. 138, septiembre-diciembre 1995, pp. 107-142.

PAREJO ALFONSO, L.: *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.
- "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *REDC*, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 169-190.
- "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes; apuntes para un estudio del fenómeno", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 635-652.
- "La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia", *DA*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 11-76.
- *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- Prólogo a VAQUER CABALLERÍA, M.: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 7-24.
- "La potestad normativa local", en V. MERINO ESTRADA (Coord.), *La potestad normativa local: autoorganización, servicios públicos, tributos, sanciones y relaciones sociales*, CEMCI, Granada, 2008, pp. 17-62.

PEDROL RIUS, A.: "Papel de las asociaciones profesionales en una sociedad democrática", en *Razón y convivencia en la política española*, Unión Editorial, Madrid, 1984, Tomo II, pp. 95-104.

PEMÁN GAVÍN, I.: "Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el Estado de las Autonomías", *RAP*, núm. 119, mayo-agosto 1989, pp. 173-198.
- "La regulación de la potestad sancionadora de la Administración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: notas sobre su tramitación parlamentaria", *RAP*, núm. 132, septiembre-diciembre 1993, pp. 377-415.
- *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000.
- "La gestión de obras y servicios públicos. Nuevas entidades instrumentales y nuevas formas de contratación. (A propósito del Seminario sobre la materia

organizado por el Instituto Aragonés de Administración Pública)", *RAAP*, núm. 17, diciembre 2000, pp. 363-399.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F: *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2007.

PÉREZ MORENO, A.: "Las entidades instrumentales en las Comunidades Autónomas", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo II, pp. 1.440-1.457.

PÉREZ LUÑO, A.-E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999.

PIÑAR MAÑAS, J. L.: "Colegios profesionales y Cámaras oficiales", en *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993, pp. 275-311.
- "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", *REDA*, núm. 97, enero-marzo 1998, pp. 37-63.
- "Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia", *RGLJ*, núm. 1, 2000, pp. 73-99.
- "Tercer Sector: sector público y fundaciones", en *XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, Barcelona, 2002, pp. 241-300.
- "La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos, y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas", *AJA*, núm. 585, 2003, pp. 1-6.
- "Tercer Sector, sector público y fundaciones", *Tercer Sector*, núm. 1, octubre-diciembre 2005, pp. 15-36.
- "El derecho fundamental a la protección de datos personales. Algunos retos de presente y futuro", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 13, diciembre 2005, pp. 21-46.
- "El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos", en J. L. PIÑAR MAÑAS y Á. CANALES GIL, *Legislación de protección de datos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 17-94.
- *¿Existe la privacidad? Inauguración Curso Académico 2008-2009*, CEU Ediciones, Madrid, 2008.
- "Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro", en P. L. MURILLO DE LA CUEVA y J. L. PIÑAR MAÑAS, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 81-179.

PIÑAR MAÑAS, J. L. y REAL PÉREZ, A.: *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

POMED SÁNCHEZ, L.: "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", *RAP*, núm. 132, septiembre-diciembre 1993, pp. 117-169.
- "Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su Reglamento interno", *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre 1997, pp. 641-693.
- "Dos Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el estatuto de las entidades locales (suspensión autonómica de licencias municipales y haciendas locales)", *Anuario del Gobierno Local*, 1999-2000, pp. 281-305.
- "Doctrina constitucional sobre la Administración corporativa", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 19-75.

PONCE SOLÉ, J.: "¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial", *RAP*, núm. 180, septiembre-diciembre 2009, pp. 201-243.

POU VIVER, T.: "Instituciones", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1968, pp. 61-81.

PRIETO ÁLVAREZ, T.: "Las denominaciones de origen, especialmente en el sector del vino", en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (Coord.), *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo Estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 425-500.

PRIETO DE PEDRO, J.: "Los vicios del lenguaje legal. Propuestas de estilo", en F. SÁINZ MORENO y J. C. DA SILVA OCHOA (Coords.), *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria, 1989, pp. 121-156.
- "Lenguaje jurídico y Estado de Derecho", *RAP*, núm. 140, mayo-agosto 1996, pp. 111-129.

PRIETO SANCHÍS, L.: "La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho", *REDC*, núm. 4, enero-abril 1982, pp. 99-121.

PULIDO QUECEDO, M.: *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional anotada con jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2007.
- "*Lex certa*, sanciones administrativas y remisiones legales (a propósito de la Ley de Energía Nuclear)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio de 2009, pp. 97-103.

QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (Dir.): *La ordenación de las actividades de servicios: comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

QUES MENA, L.: "Las entidades públicas empresariales", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 504-671.

QUINTANA LÓPEZ, T.: "El principio «*non bis in idem*» y la responsabilidad administrativa de los funcionarios", *REDA*, núm. 52, octubre-diciembre 1986, pp. 585-597.
- "Espectáculos taurinos y sanciones gubernativas", *REDA*, núm. 74, abril-junio 1992, pp. 267-274.
- "El sistema de fuentes de los organismos autónomos locales", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 691-697.
- "Responsabilidad patrimonial de la Administración y conceptos jurídicos indeterminados (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996. Aranzadi número 987)", *PJ*, núms. 41-42, 1996, pp. 457-466.
- "La potestad disciplinaria de las Administraciones sobre los empleados públicos", *DA*, núms. 282-283, septiembre-diciembre 2008, enero-abril 2009, Tomo II, pp. 321-359.

RALLO LOMBARTE, A.: *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 2002.
- "Las Administraciones independientes: una aproximación constitucional", en C. PAUNER CHULVI y B. TOMÁS MALLÉN (Coords.), *Las Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 11-19.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.: "Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos", en J. F. ALENZA GARCÍA y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (Dirs.), *Organización y procedimientos administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 217-244.

REBOLLO PUIG, M.: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAP, Madrid, 1989.
- "Derecho Administrativo Sancionador de las Comunidades Autónomas", *RAAP*, núm. 2, abril-junio 1990, pp. 39-62.
- "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RAP*, núm. 125, mayo-agosto 1991, pp. 7-173.

- "Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas", en F. SÁINZ MORENO (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 447-475.
- Prólogo a L. ALARCÓN SOTOMAYOR: *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2007.
- "Antijuridicidad", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 119-132.
- "Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador (principios comunes y aspectos diferenciadores)", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 316-334.
- "Competencias normativas del Estado y las Comunidades Autónomas sobre Derecho Administrativo sancionador", en M. REBOLLO PUIG; M. IZQUIERDO CARRASCO: L. ALARCÓN SOTOMAYOR y A. Mª. BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 105-112.
- "En especial, el principio *non bis in idem* en sanciones disciplinarias", en M. REBOLLO PUIG: M. IZQUIERDO CARRASCO; L. ALARCÓN SOTOMAYOR y A. Mª. BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 423-448.
- "Competencia sancionadora y requisitos de los órganos que la ejercen y de sus titulares", en M. REBOLLO PUIG; M. IZQUIERDO CARRASCO; L. ALARCÓN SOTOMAYOR y A. Mª. BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 449-472.

REBOLLO PUIG, M.; FALCÓN Y TELLA, R. y LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y régimen jurídico de las cofradías de pescadores*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996.

RIVERO ORTEGA, R.: *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- "Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho Administrativo", *RAP*, núm. 146, mayo-agosto 1998, pp. 85-127.
- *El estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.
- "Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las Sentencias como fuente del Derecho", *RAP*, núm. 157, enero-abril 2002, pp. 89-118.
- "Reformas del Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España", *RArAP*, núm. 34, junio 2009, pp. 51-80.
- "Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus", en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009, pp. 327-353.

RIVERO ORTEGA, R. (Dir.): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Madrid, 2009.

RIVERO YSERN, J. L.: "La Administración corporativa: la adscripción a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; análisis jurisprudencial", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 703-736.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: "Colegios profesionales y Constitución", *RL*, núm. 9, 1993, pp. 1-8.

RUBIO, Mª. G.: "Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso *Öztürk*", *RAP*, núm. 104, mayo-agosto 1984, pp. 375-390.

RUBIO LLORENTE, F.: "El principio de legalidad", *REDC*, núm. 39, septiembre-diciembre 1993, pp. 9-42.

RUIZ CARRILLO, A.: *Los datos de carácter personal*, Bosch, Barcelona, 1999.

SÁINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.
- "Reglamentos ejecutivos y Reglamentos independientes", *REDA*, núm. 20, enero-marzo 1979, pp. 124-128.
- "Artículo 36. Colegios profesionales", en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, Tomo III, pp. 507-591.

SALA ARQUER, J. M.: "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", *REDA*, núm. 42, abril-junio 1984, pp. 401-422.

SALAS HERNÁNDEZ, J.: "De nuevo sobre los Reglamentos autónomos en Derecho español", *RAP*, núm. 84, septiembre-diciembre 1977, pp. 645-659.

SALOM PARETS, A.: *Los colegios profesionales*, Atelier, Barcelona, 2007.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, Mª. A.: "Modelo de Administración institucional en la Ley de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos", en J. F. ALENZA GARCÍA y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (Dirs.), *Organización y procedimientos administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 397-426.
- "Los retos de la Directiva de Servicios para el sector de la distribución comercial española", en H. VILLAREJO GALENDE (Dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada, 2009, pp. 3-23.

SALVADOR MARTÍNEZ, M.: *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel, Barcelona, 2002.

SÁNCHEZ CALERO, F.: "La delimitación de la figura de «entidad de crédito» y la de otros sujetos", *RDBB*, núm. 28, octubre-diciembre 1987, pp. 709-723.

SÁNCHEZ GOYANES, E.: *La potestad normativa del municipio en España. Ordenanzas, Reglamentos, Planes urbanísticos, normas*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ LAMELAS, A.: "Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: consideraciones en torno a los principios de garantía", en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, Tomo I, pp. 383-400.

SÁNCHEZ SAUDINÓS, J. M.: *Los colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, BOE y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: "Notas sobre la Sentencia de las Diputaciones Provinciales", *REDA*, núm. 34, julio-septiembre 1982, pp. 455-475.
- *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- *Principios de Derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, 2004, Tomos I y II.
- "La Administración como poder regulador", en F. SÁINZ MORENO (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 375-445.
- *Principios de Derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, 2009, Tomo II.

SANZ GANDÁSEGUI, F.: *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Edersa, Madrid, 1985.
- "El ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración local", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 659-693.

SANZ RUBIALES, I.: "Principio de legalidad y potestad sancionadora en la Administración local", *REALA*, núm. 264, octubre-diciembre 1994, pp. 671-690.

SCHMIDT-JORTZIG, E.: *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1979.

SCHMITT, C.: "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien", en *Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25jährigen Bestehen der Handels-Hochschule Berlin*, 1931.
- *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, 1931.

SCHNEIDER, L.: *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*, Duncker & Humblot, Berlín, 1983.

SERRANO ALBERCA, J. M.: "Artículo 25.1", en F. GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 577-598.

SERRANO PÉREZ, Mª. M.: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Civitas, Madrid, 2003.

SILVA DE LAPUERTA, M.: "La Administración deportiva", en J. L. REQUERO IBÁÑEZ (Dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 389-434.

SIMÓN ACOSTA, E.: "Cámaras de comercio sin recursos, inconstitucionalidad de la reforma", *AJA*, núm. 812, 2011, p. 11.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.ª: *Naturaleza y caracteres de los colegios profesionales: notas para una ley reguladora*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.

SOSA WAGNER, F.: "La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo I, pp. 1.905-1.932.
- *Manual de Derecho local*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2008.
- "Servicio público y el papel de la nueva Administración", en F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID (Dir.), *Administración institucional*, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 245-284.

STELZER, M.: *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Springer-Verlag, Wien, 1991.

SUAY RINCÓN, J.: "El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma", *RAP*, núm. 109, enero-abril 1986, pp. 185-215.
- *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- "Las sanciones administrativas", en J. A. SANTAMARÍA PASTOR y L. PAREJO ALFONSO (Dirs.), *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, pp. 198-232.
- "Alcance del principio de legalidad en materia sancionadora y su eficacia en el ámbito del crédito", *RDBB*, núm. 34, abril-junio 1989, pp. 397-412.
- "Procedimientos administrativos", en A. JIMÉNEZ-BLANCO y J. RAMÓN PARADA (Coords.), *La Administración Pública: reforma y contrarreforma*, FAES, Madrid, 1999, pp. 19-25.
- "La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia", *JA*, núm. extraordinario, 2001, pp. 7-27.
- "La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar", *DA*, núms. 280-281, enero-agosto 2008, Tomo I, pp. 43-64.

TARDÍO PATO, J. A.: "Procedimiento administrativo", en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, Tomo II, pp. 1.975-1.984.

TEJEDOR JORGE, F. y TORRES FERNÁNDEZ, J. J.: "El ejercicio de la potestad sancionadora por las corporaciones de derecho público", en J. DE FUENTES BARDAJÍ et al. (Dirs.) e I. PEREÑA PINEDO (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo I, pp. 695-736.

TOLIVAR ALAS, L.: "El ejercicio de la potestad sancionadora por los municipios", *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. extraordinario, 2002, pp. 233-237.

TONIATTI, R.: "Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada", *RVAP*, núm. 29, enero-abril 1991, pp. 139-162.

TORNOS MAS, J.: "La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", *RAP*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 471-507.
- "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: problemas de articulación", en MARTÍN-REBOLLO, L. (Dir.), *El futuro*

de las autonomías territoriales. Comunidades Autónomas: balance y perspectivas, Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, 1991, pp. 45-63.
- "Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 787-803.
- *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- "Potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos y principio de proporcionalidad", en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 33-50.

TOSCANO GIL, F: "La recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de la vinculación negativa de la Ordenanza local al principio de legalidad sancionadora", *RAAP*, núm. 54, abril-junio 2004, pp. 163-191.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: "El procedimiento administrativo sancionador", *JA*, núm. extraordinario, 2001, pp. 75-92.
- Prólogo a A. SALOM PARETS: *Los colegios profesionales*, Atelier, Barcelona, 2007.

TRONCOSO REIGADA, A.: "La contribución de las Agencias Autonómicas al derecho fundamental a la protección de datos", en M. Á. DAVARA RODRÍGUEZ (Coord.), *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho 2002-2003*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, pp. 23-45.
- "Las Agencias de Protección de Datos como Administración independiente", en C. PAUNER CHULVI y B. TOMÁS MALLÉN (Coords.), *Las Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 27-216.

TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.): *Estudios sobre Administraciones Públicas y protección de datos personales. I Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Civitas, Madrid, 2006.

TRUJILLO, Mª. J.: *La potestad normativa del Banco de España. El régimen dual establecido en la Ley de Autonomía*, Banco de España, Madrid, 1995.

TUDELA ARANDA, J.: "Aproximación a la caracterización jurisprudencial del artículo 149.1.1º de la Constitución española", en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo IV, pp. 3.479-3.518.

ULL PONT, E.: *Derecho público de la informática. Protección de datos de carácter personal*, UNED, Madrid, 2003.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: "Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho administrativo e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas", *RGDA*, núm. 12, junio 2006 (publicación electrónica del portal www.iustel.com).

VALENCIA MARTÍN, G.: "Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad", en la obra colectiva *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 77-184.

VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: "Procedimientos administrativos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos", en R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (Coord.), *Protección de datos. Comentarios al Reglamento de Desarrollo de la LOPD*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 265-293.

VAQUER CABALLERÍA, M.: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- "Fundaciones públicas sanitarias y fundaciones sanitarias en mano pública", en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (eds.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 753-760.

VICENTE BLANCO, D.-J. y RIVERO ORTEGA, R. (Dirs.): *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de Estudios CESCyL 13, 2009.

VILLACORTA MANCEBO, L.: *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994.

VILLAR PALASÍ, J. L.: *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Madrid, 1968.
- *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975.
- "Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas", en A. PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, Tomo I, pp. 151-184.

VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L.: "El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro Derecho", en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento adminis-*

trativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Civitas, Madrid, 1993, Tomo I, pp. 79-104.

VILLAVERDE PAGE, D.: "Las fundaciones públicas sanitarias", en A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 671-700.
- "Las fundaciones públicas estatales", en A. MORALES PLAZA; M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA (Coords.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1.569-1.616.

VIZCAÍNO CALDERÓN, M.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal*, Civitas, Madrid, 2001.

VON HIPPEL, E.: *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965.

YUSTE GRIJALBA, J. L.: "Autonomía de las fundaciones e intervención pública del Protectorado", en la obra colectiva *La Ley 30/1994, de Fundaciones. Ciclo de conferencias de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 199-222.

ISBN: 978-84-8333-585-7

www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica