

La potestad sancionadora en Derecho comparado.
Francia (II)
Especial referencia a las autoridades administrativas
independientes y a los sectores sanitarios,
de seguros y de las telecomunicaciones

Alfonso López de la Osa Escribano¹

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. LA CONCRETA SITUACIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES ANTE LA POTESTAD SANCIONADORA. II. LA POTESTAD SANCIONADORA EN FRANCIA EN ÁMBITOS ESPECIALMENTE CARACTERÍSTICOS. 1. El sector sanitario. A) *Las sanciones en materia de protección de datos sanitarios.* B) *Las sanciones en materia de donación de órganos.* C) *La definición del régimen de las sanciones administrativas a través de la delimitación de competencias respectivas entre la ley y el reglamento.* 2. La potestad sancionadora en Francia en el sector de las compañías de seguros. A) *El control de la ACAM: las sanciones administrativas.* B) *El procedimiento sancionador seguido ante la ACAM, un procedimiento en concreto.* 3. La potestad sancionadora en Francia en el sector de las Telecomunicaciones. Procedimiento y sanciones administrativas en el sector de las Telecomunicaciones. III. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Según el Profesor Franck Moderne el concepto de sanción administrativa consiste en “el poder represivo concedido a la Administración para castigar comportamientos sociales considerados como infracciones de la reglamentación persistente”². Dicho poder no puede atribuirse en exclusiva a los órganos jurisdiccionales o autoridad judicial, pues es una cuestión más que asumida en la actualidad que el poder sancionador acompaña normalmente el carácter ejecutivo de los actos administrativos, con

¹ Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo e Introducción al Derecho Público francés. Universidad Complutense de Madrid.

² F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Ed. Economica, Paris 1993, p. 5.

el fin de garantizar su respeto y eficacia. Con todo, la sanción administrativa es en ocasiones difícil de delimitar³.

Manifestación del poder coercitivo del Estado, el legislador francés había confiado tradicionalmente a las autoridades ministeriales y a sus representantes, prácticamente siempre a los prefectos (*les préfets*, equivalentes a la figura de los Delegados de Gobierno en España), la potestad de represión administrativa. Este poder represivo de determinados poderes públicos, no considerado en sí una medida de policía, se ejercía en raras ocasiones por parte de los alcaldes, organismos o establecimientos públicos. Sin embargo, cada vez con más frecuencia, además de aquellas autoridades estatales, la potestad sancionadora vendría siendo confiada a organismos públicos de variado estatus o configuración, que harían uso de tal potestad a la hora de tomar medidas de carácter disciplinario o regulador.

Actualmente, este hecho ha supuesto la creación de un fenómeno consistente en la expansión más que notoria de las sanciones administrativas, que de un tiempo a esta parte se han desarrollado en Francia. Las razones de ello son muy numerosas y han permitido la creación de “un sistema autónomo de represión”, como lo denomina el miembro del Consejo Constitucional francés, el *enarca* Olivier Dutheillet de Lamothé⁴. Por un lado, se han multiplicado las situaciones o conductas sancionables ante el advenimiento y consolidación de nuevos mercados, anteriormente en manos exclusivas del Estado, hoy liberalizados pero sujetos a ordenación administrativa. Por otro lado, se han desarrollado las sanciones en modo generalizado en prácticamente todos los ámbitos de actuación de la Administración francesa, principalmente en aquellos sectores de la sociedad que los poderes públicos han querido detraer de manera inicial o por lo menos parcial, del juez de lo penal.

Para el Consejo de Estado francés, el desarrollo de las sanciones administrativas es el detonante de preocupaciones esencialmente prácticas⁵ que tienen principalmente un doble objetivo. Así, el trasfondo de la represión administrativa tiene su fundamento en criterios de eficacia, tanto porque determinadas sanciones penales no suelen generalmente aplicarse, como porque las obligaciones que quieren garantizar no son respetadas, como porque se pretende aligerar la carga de los tribunales. Todo ello motiva acudir a procedimientos en los que se imponen sanciones administrativas.

Por otro lado, existe una preocupación notable por parte del Consejo de Estado francés, en que la sanción sea adaptada y ajustada a los hechos. Reconoce dicha Insti-

³ No tanto por su amplia aceptación sino por su proximidad con otras nociones (sanciones administrativas, sanciones penales, sanciones disciplinarias, las medidas de policía o “*mesures de police*”, etc.). Cfr., E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris 1984, p. 129 y siguientes.

⁴ Olivier Dutheillet de Lamothé es miembro del Consejo Constitucional desde el año 2001 habiéndose formado en l’*École Nationale de l’Administration* (ENA) entre 1973 y 1975.

⁵ Etude du Conseil d’Etat, *Les pouvoirs de l’Administration dans le domaine des sanctions*, La Documentation française, 1995, p. 70; en esta misma línea, *Rapport public* 1984-1985, EDCE, n.º 36, p. 166.

tución que ciertas cuestiones de corte eminentemente técnico y a las que les rodea una legislación y reglamentación complejas, son difíciles de cumplir, no de manera intencionada, sino por la dificultad de conocerla en su totalidad. Para paliar esta situación, la imposición de una sanción administrativa sería mucho menos traumática que una sanción de carácter penal⁶. Además la sanción administrativa cuenta tradicionalmente con una legitimidad añadida ya que la autoridad competente de imponerla, sólo dicta normas que sabe puede exigir su cumplimiento a través del poder sancionador, pues tiene una idea más concreta de lo que es exigible y necesario para garantizar el respeto de aquéllas y las consecuencias que conllevan las sanciones que impone.

La labor realizada por el Consejo Constitucional y por el Consejo de Estado francés a la hora de enmarcar las sanciones administrativas en el ordenamiento jurídico francés, ha sido fundamental, de hecho ha supuesto “una canalización de la represión administrativa” según la profesora de Derecho Público Teitgen-Colly⁷. Por un lado, ambas instituciones han podido a través de sus decisiones maximizar la regulación de esta represión ejercida sobre los derechos de los administrados⁸.

De ambas instituciones, cabe sin embargo destacar la labor realizada por el Consejo Constitucional que consagró, no sin ciertas reticencias previas, las sanciones administrativas en dos decisiones muy concretas⁹ a través de las cuales marcó ciertos límites¹⁰. Así las cosas, las categorías de sanciones en Francia pueden ser de dos tipos, las sanciones disciplinarias y las sanciones de carácter económico.

Según de Corail, la sanción disciplinaria es considerada el paradigma de la sanción administrativa¹¹. La escala de sanciones existentes en el ámbito disciplinario si-

6 Destacar además a título comparativo entre las sanciones penales y las administrativas, que éstas últimas generalmente se han podido imponer a personas jurídicas, no así las sanciones penales que hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1994, sólo podían aplicarse a personas físicas. Sobre las penas que se pueden imponer desde entonces a las personas jurídicas o morales, ver artículos 131-37 y siguientes del Código Penal precitado.

7 C. Teitgen-Colly, *Les instances de régulation et la Constitution*, Revue de Droit Public 1990, p. 153 et suivantes.

8 M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger?*, Ed. Economica, 1992, p. 27. En concreto: los principios generales de los derechos de defensa, de non bis in idem (*principe general du droit de non cumul de sanctions administratives à raisons des mêmes faits*), la correcta calificación jurídica de los hechos, la interpretación estricta de las normas de represión, todo ello con la intención de evitar las actuaciones arbitrarias en el ámbito administrativo.

9 La Decisión del Consejo Constitucional n.º 88-248 DC, de 17 de enero de 1989 (más anecdótica o puntual), y la Decisión del Consejo Constitucional n.º 89-260 DC, de 28 de julio de 1989 (auténtica decisión de principio: “*considérant que le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu’aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu’une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction*”).

10 Por un lado, la prohibición de tomar medidas privativas de libertad, por otro la inclusión de medidas que salvaguarden los derechos y libertades constitucionales garantizados en el ejercicio de toda potestad sancionadora. Cfr. Decisión del Consejo Constitucional n.º 89-260 precitada.

11 Según de Corail, “La sanción administrativa sólo puede aplicarse al objeto mismo de las relaciones de carácter especial en que se basa el poder disciplinario” el cual “no podría aplicarse a las relaciones generales del Estado y de los ciudadanos sin suplantarse de manera inadmisiblemente el derecho penal”, J.L. de

que siendo la clásica de derecho público y que se encuentra de manera gradual en cada ámbito en el que se aplican medidas o dispositivos represivos:

- a) Apercibimiento (*avertissement*);
- b) Amonestación (*blâme*);
- c) Suspensión total o parcial de la actividad (*suspension totale ou partielle d'activité*);
- d) Prohibición temporal o definitiva de parte de la actividad, o de su totalidad (*interdiction temporaire ou à titre définitif de tout ou partie de l'activité*);
- e) Retirada progresiva o definitiva del permiso concedido, la autorización o del acuerdo o consentimiento¹² (*retrait progressif ou définitif du permis, de l'autorisation ou de l'agrément*);
- f) Precinto o cierre del establecimiento (*fermeture de l'établissement*).

Las sanciones de carácter económico pueden ser:

— Una multa (*amende*), reviste siempre la forma de una cantidad dineraria directamente relacionada con el respeto del principio de proporcionalidad. Aquí, el legislador ha de fijar el *quantum* máximo que se gradúa de manera proporcional a la gravedad de la falta cometida, a la situación o beneficios generados por el operador, al derecho vulnerado, a la ventaja o beneficio extraído, a la importancia del daño causado a la economía, entre otros. Destacar que las cuantías de las sanciones pueden en ocasiones ser muy elevadas.

— Una sanción económica similar a la multa pero acompañada de un incremento porcentual en función de la duración del incumplimiento, con intereses moratorios (denominada *astreinte*); la consignación de una suma determinada (*consignation de sommes*);

— La repetición o recuperación de la ayuda concedida (*répétition de l'aide déjà accordée*).

Corail, *Administration et sanction – Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de repression*, Mélanges Chapus, Ed. Montchrestien, 1992, p. 103.

¹² La traducción del concepto *agrément* (que sería etimológicamente de acuerdo o disfrute, de aceptación o consentimiento) no parece sencilla. El *agrément* supone la aceptación o el acuerdo por parte de la autoridad pública de que el sujeto operador, por ejemplo, pueda beneficiarse o disfrutar de un reconocimiento para actuar en un determinado mercado por reunir una serie de condiciones. La pérdida de éstas, supone su retirada del acuerdo o consentimiento y conlleva la ablación de la facultad que tiene tal operador de beneficiarse de tal reconocimiento. No supone en sí la retirada de una autorización o permiso. Consideramos que la frontera entre la autorización y esta figura es difícil de establecer, pudiendo considerarse incluso un tipo de autorización administrativa. De hecho se ubican en la misma escala sancionadora como podemos apreciar.

Igualmente podemos incluir entre las sanciones administrativas, las de tipo *contractual* y las de origen *comunitario*. La particularidad de las sanciones administrativas contractuales es que no necesariamente han de mencionarse en el clausulado del contrato administrativo¹³. Su existencia es específica: el secuestro (*mise sous séquestre*); la intervención administrativa (*mise en régie*); la ejecución por incumplimiento (*exécution par défaut*); la pérdida de las características exigidas por el contrato (*déchéance*); la penalización (*pénalités*) y la rescisión-sanción del contrato (*résiliation-sanction*).

La gran expansión de las sanciones de origen comunitario obedece a una multiplicidad de infracciones que pueden darse en varios sectores específicos (ante vulneraciones de cuestiones objeto de la libre competencia, en cuestiones de descalificación de los vinos de calidad producidos en un región determinada –v.c.p.r.d., etc.)¹⁴. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que los Estados miembros son libres de elegir el dispositivo represivo de aplicación en caso de conflicto, pero han de garantizar que las “violaciones de derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de forma y procedimiento que sean análogas a aquéllas aplicadas a violaciones de derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que en cualquier caso, confieren a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo¹⁵”.

En un contexto comunitario¹⁶, se han perfilado una serie de sectores de interés en los que se han desarrollado sanciones que abarcan casi todos los campos de las actividades profesionales y sociales, como pone de relieve el Consejo de Estado¹⁷. Dicha Institución considera que existen seis sectores especialmente “privilegiados” por el espectro de la represión administrativa: a modo enumerativo serían: 1. el sector

13 Es más, el hecho de que no figuren en el clausulado del contrato administrativo no las hace menos exigibles de pleno derecho. La mayor parte de las sanciones admitidas en derecho y aplicables a los contratos del sector público “pretenden garantizar la ejecución forzosa de una reglamentación y no tanto castigar el comportamiento del interesado”. Ver en este sentido, G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif*, Ed. LGDJ, 1997, p. 121.

14 Sobre este aspecto, cabe destacar la dificultad de relacionar las sanciones nacionales con aquellas existentes en el Derecho comunitario. Ello se basa principalmente en la diferencia del dispositivo represivo existente en cada caso: por ejemplo en materia de competencia, de organización de controles varios, o bien en cuanto a la acumulación de las propias sanciones. La dificultad se presenta con la posibilidad de sancionar sobre la base de disposiciones comunitarias, a través de una normativa represiva nacional que no prevea explícitamente tales infracciones. Ver en este sentido V. Delmas-Marty y C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger?*, Ed. Economica, 1992, p. 139 a 150.

15 TJUE, 21 de septiembre de 1989, as. 66/88, Comisión contra República Helena, p. 2965.

16 A nivel comunitario, se han tratado de armonizar las normas administrativas que contienen un dispositivo represivo; esta influencia a nivel del Estado francés ha permitido a la jurisprudencia y a la doctrina, definir varios elementos del poder sancionador (el autor de la sanción, los derechos de defensa, el procedimiento contradictorio, la obligación de la Administración de motivar toda decisión, la proporcionalidad de la sanción, el control jurisdiccional sobre la potestad sancionadora de la Administración, etc.).

17 Conseil d'État, *Rapport Public* 1995, precitado, p. 49. Destacar que incluso se lleva a cabo en este estudio del Consejo de Estado un inventario de unas quinientas disposiciones de sanciones administrativas existentes en el ordenamiento jurídico francés (sin perjuicio de las dudas en torno a la calificación de éstas), de entre las cuales, por ejemplo, ciento cincuenta en materia fiscal estarían en primera línea de flotación. Cfr. B. Neel, *Les pénalités fiscales et douanières*, Ed. Économica, 1989.

fiscal, de impuestos y de cotizaciones administrativas; 2. la salud pública; 3. el trabajo y la formación profesional; 4. la cultura, la información y la comunicación; 5. el sector financiero y de mercados; 6. los transportes y la circulación vial¹⁸.

En estos ámbitos existen una serie de potenciales infracciones que hacen difícil acudir de manera sistemática a la jurisdicción penal por el importante aumento del volumen de expedientes judiciales que supondría, ante una Administración de justicia ya suficientemente sobrecargada (por ejemplo en materia fiscal o de circulación vial). Además, puede tratarse de ámbitos especialmente sensibles que afecten a derechos y libertades fundamentales (por ejemplo el ámbito audiovisual, de la comunicación o de la protección de datos, entre otros). Como veremos más adelante, el papel desempeñado en ocasiones en materia sancionadora por las Autoridades Administrativas Independientes (*Autorités Administratives Indépendantes*), organismos públicos creados con la finalidad de ordenar y/o regular determinados mercados y de garantizar su protección, ha fortalecido los distintos regímenes de sanciones existentes.

De entre los seis sectores destacados por el Consejo de Estado podemos igualmente mencionar ciertas actividades económicas que requieren de un control y una fiscalización específica, incluso desde una óptica de desregulación e incluso de “desestatalización” como se la ha dado por llamar en Francia (*désétatisation*). En este ámbito la expansión de la potestad sancionadora ha sido especialmente rápida si cabe, como ha ocurrido con el anteriormente citado sector de la libre competencia *versus* las concentraciones económicas o monopolísticas, o en un sector que estudia-remos más adelante y sobre el cual, de manera inherente al mismo, se ejerce un estricto control, el mercado de los seguros¹⁹.

Además, no podemos olvidar los “nuevos sectores” que han fomentado la creación de de innovadoras maneras de plantear cuestiones económicas (la “nueva economía”) así como jurídicas, los “nuevos derechos”, entendiéndose por éstos la creación de ramas procedentes o desdobladas de otras disciplinas surgidas en torno a la numerosa legislación que sobre un ámbito concreto se ha podido desarrollar: la salud pública, el medio ambiente, las telecomunicaciones o el ocio²⁰.

18 *Etude du Conseil d'Etat*, 1995, *op. cit.* p. 83 a 175.

19 Siendo objeto de nuestro estudio, analizaremos como dentro del sector financiero y de mercados, se incluye el sector de los seguros, que recoge varios tipos infracciones reunidas en el Código de Seguros (*Code des Assurances*).

20 En el ámbito de la cultura, la información y la comunicación acotado por el Consejo de Estado, se ubicarían las cuestiones relativas a las telecomunicaciones. De manera global, y sin perjuicio del esfuerzo de sistematización y clarificación realizado con posterioridad, en este último sector, en 1995 se censaban por parte del Consejo de Estado la existencia de veintiséis (26) tipos de sanciones administrativas. El sector de la salud pública (tras el sector de impuestos y cotizaciones sociales con ciento noventa y ocho –198– tipos de sanciones), es el que más reunía, alcanzando un número de sesenta y tres (63) tipos de sanciones inventariadas; Cabe igualmente otra tipología a la hora de clasificar los sectores de interés en el presente estudio, como es la siguiente: ámbito de la economía y las finanzas (sanciones a las infracciones en materia de telecomunicaciones); ámbito de las profesiones reguladas sea cual sea el sector profesional concernido (sector de seguros, salud, ente otros).

Tras lo expuesto y a modo de problemática, nos podemos plantear las siguientes preguntas: ¿Cuál es el papel desempeñado por las Autoridades Administrativas Independientes ante la potestad sancionadora en Francia? ¿Cuáles son las principales sanciones administrativas que se pueden imponer en los sectores de referencia de nuestro estudio? ¿Qué conclusiones podemos extraer sobre la situación actual de la potestad sancionadora en Francia y qué previsiones de futuro podemos plantear sobre esta importante prerrogativa del poder público?

A estas preguntas responderemos a continuación, refiriéndonos en primer lugar al controvertido reconocimiento de la potestad sancionadora en Francia a las Autoridades Administrativas Independientes, cuestión de interés cuando se trata de abordar el control por parte del Estado de determinados sectores específicos que conlleven exigencias represivas y reguladoras²¹.

I. LA CONCRETA SITUACIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES ANTE LA POTESTAD SANCIONADORA

El desarrollo de las agencias y organismos reguladores a nivel comunitario²² (y que entre otros ha tenido como reflejo la aprobación en España de la *Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos de Agencia del servicio público*²³), ha supuesto sin duda un favorable coadyuvante para el desarrollo a su vez de la llamadas en Francia *Autorités Administratives Indépendantes* (Autoridades Administrativas Independientes – A.A.I.)²⁴.

21 C. Teitgen-Colly, *Les Petites Affiches*, 17 janvier 1990, p. 25.

22 Las Agencias han sido precisamente un tipo de organismo público fuertemente potenciado por las instituciones comunitarias cómo se deduce del Libro blanco sobre *La Gobernanza europea, un libro blanco* (Bruselas 25/07/2001, COM (2001) 428 final) que tuvo gran influencia en España con la aprobación de la *Ley 28/2006 de 18 de julio de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*. Las menciones del Libro blanco sobre *Gobernanza europea* realizadas en este sentido fueron de indudable fuente de inspiración para nuestra legislación nacional: “Una mejor aplicación de las normas de la Unión Europea a través de agencias reguladoras: Los Estados miembros cuentan con toda una gama de agencias nacionales reguladoras en los ámbitos que requieren decisiones reglamentarias coherentes e independientes. Estas entidades reguladoras desempeñan un papel cada vez más importante en la aplicación del Derecho comunitario.(...) La creación de nuevas agencias reguladoras europeas autónomas en ámbitos claramente definidos mejorará la forma en que las normas se imponen y aplican en toda la Unión. Debería conferirse a estas agencias la facultad de adoptar decisiones individuales en la aplicación de las medidas reglamentarias. Deberían asimismo gozar de una cierta independencia, y operar en un marco claramente definido por el poder legislativo. Los Reglamentos por los que se crean estas agencias deberían fijar los límites de sus actividades y competencias, sus responsabilidades y requisitos de transparencia. La ventaja con que cuentan las agencias consiste a menudo en su capacidad para aprovechar unos conocimientos técnicos sectoriales de alto nivel y en la mayor visibilidad que aportan ante los sectores interesados (y a veces incluso ante al público), así como en el ahorro que permiten realizar a las empresas. La creación de agencias constituye también un medio útil para centrar los recursos de la Comisión en torno a sus misiones esenciales”; Cfr. p. 27 del Libro Blanco sobre *Gobernanza europea*.

23 BOE n.º 171, 19 de julio de 2006.

24 Luis Cosculluela Montaner realiza un interesante estudio de estos organismos públicos, *Las Agencias Estatales*, Revista Española de Control Externo, Volumen 8, n.º 24, 2006, pp. 29-53, comparando las Agencias Estatales españolas con homólogos organismos en Francia o Reino Unido.

A causa de las exigencias impuestas por el Derecho de la Unión Europea sobre los servicios de interés económico general, se han querido separar las funciones desempeñadas por las autoridades de control de aquellas propias de gestión. Esto ha supuesto que en el caso de que el Estado pretenda seguir conservando la titularidad u ordenación de ciertas actividades (por ejemplo realizadas por operadores determinados) actuando en un mercado de servicios de interés económico general, se le recomienda encarecidamente que cree autoridades de regulación independientes que aporten mayores garantías a los ciudadanos-administrados a través del control de dichos mercados. A modo de ejemplo, podemos citar el servicio público de infraestructuras y redes de telecomunicaciones cuya regulación es considerada indispensable para conciliar las normas de la libre competencia de imperativo acatamiento, con las misiones que todo servicio público debe cumplir en un mercado que *per se*, no puede desarrollarse totalmente en competencia (por ejemplo: la regulación del acceso a dichas infraestructuras por parte de operadores; o si bien no se trata de infraestructuras, sino de contenidos, en cuanto a los contenidos difundidos, el servicio universal). De hecho la propia Unión Europea ha creado varias estructuras reguladoras sobre la base de lo aquí expuesto²⁵.

Estas instituciones especializadas por sectores, cuentan cada vez más con personalidad jurídica propia, aunque cabe destacar que la decisión del legislador de dotarlas o no de ésta, no queda clara de antemano en Derecho francés, convirtiéndose en algo incierto y de alguna manera concedida de manera errática. De este modo, en el sector de las telecomunicaciones, la Autoridad de regulación de las comunicaciones electrónicas y postales (*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* –ARCEP–) que ha remplazado l'*Autorité de régulation des Télécommunications* tras la Ley n.º 2005-516, de 20 de mayo de 2005 sobre la regulación de las actividades postales²⁶, no dispone de personalidad jurídica, y sin embargo la Comisión de regulación de la energía (*Comission de régulation de l'énergie*), equivalente de nuestra Comisión Nacional de Energía, como ente regulador en esta materia, sí que cuenta con tal personalidad, cuando paradójicamente ambas instituciones desempeñan funciones análogas²⁷. De todos modos, la personalidad jurídica, en palabras de Martine Lombard, “no es sinónimo por sí misma, ni de independencia de gestión, ni tan siquiera de una real autonomía superior en materia financiera. No es, cuando menos, una condición verdaderamente necesaria, ni tampoco una condición suficiente²⁸.”

Así las cosas, no todas las A.A.I. cuentan con la posibilidad de ejercer la potestad sancionadora. Las condiciones de ejercicio de este poder, exigen un sistema que se

25 Comisión Europea, Decisión n.º 2002/627/CE, de 29 de julio de 2002, *por la que se crea el grupo de reguladores europeos en el ámbito de redes y servicios de comunicaciones* (DOCE 30 de julio de 2002), que se vería modificada por la Decisión n.º 2004/641/CE, de 14 de septiembre de 2004. Este grupo de regulación tiene una importancia especial que viene motivada por el papel que desempeñan las autoridades nacionales de competencia a la hora de garantizar el respeto y aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

26 *Loi n.º 2005-516, du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales.*

27 M. Lombard, *Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation*, CIEJ 19 avril 2005, p. 127, n.º 6.

28 M. Lombard, *op. cit.* p. 128.

encuentre ampliamente desarrollado debido a la “efervescencia mental” que éste ha llegado a producir²⁹. Las numerosas críticas vertidas contra los procedimientos sancionadores resueltos por estas A.A.I. han sido puestas de relieve en más de una ocasión. El propio Consejo de Estado francés se hizo eco de estas críticas que recibían las autoridades reguladoras por parte de distintos sectores doctrinales, sociales así como por parte de los propios operadores económicos. De este modo, sin perjuicio de las disposiciones normativas aplicables a cada caso concreto que reconocían previamente que “el procedimiento es plenamente contradictorio”³⁰, se vertían acusaciones contra las A.A.I. por o bien vulnerar el principio de la presunción de inocencia, o bien porque quebraban la exigencia de proporcionalidad que toda sanción ha de tener en relación con la conducta tipificada, o bien porque no garantizaban la necesaria información a los legítimamente interesados en el desarrollo del procedimiento y esto en sus diferentes fases³¹. Si bien es cierto que estos entes públicos, en ocasiones de reciente creación, carecen de una cierta “cultura jurisdiccional” (a la hora de ejercer esta potestad sancionadora los paralelismos con una condena judicial son sorprendentes), no es menos cierto que precisamente en aras de respetar los derechos anteriormente mencionados, el propio Consejo Constitucional ha reconocido la facultad del legislador de conceder a estas autoridades independientes un poder represivo³².

El juez francés es actualmente prudente a la hora de exigir un requerimiento previo a la sanción, que condena en caso de no haberse verificado³³. Este requerimiento ha sido igualmente exigido por el Consejo de Estado al órgano regulador del sector de los seguros, la Autoridad de Control de Seguros y Mutuas³⁴ (*Autorité de Contrôle des Assurances et Mutuelles –ACAM–*), equivalente en España a la Dirección General de Seguros y de Fondos de Pensiones perteneciente al Ministerio de Economía y Hacienda.

29 Ver en este sentido la crónica de jurisprudencia del Consejo de Estado, Mattias Guyomar y Pierre Collin, AJDA, 20 de febrero de 2000.

30 Ver art. 18 de la Ordonnance n.º 86-1243 de 1.º de diciembre de 1986 aplicable al Consejo de la Competencia –*Conseil de la Concurrence*– (equivalente a la Comisión Nacional de la Competencia) autoridad actuante en las materia.

31 Una conocida emisora de radio especializada en música contemporánea, con grandes adeptos entre el público adolescente llamada *Skyrock* (en lo que se dio por llamar el *Affaire Skyrock*), fue precintada durante un día durante el cual no pudo emitir sus programación, por parte del *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (C.S.A.), la autoridad reguladora en el sector audiovisual (cine, radio y televisión) por una supuesta cuestión de contenidos difundidos en horario de máxima audiencia. Se criticó seriamente a este ente regulador por no haber requerido previamente el cese de la actividad (no llevó a cabo “*une mise en demeure*”), ni haber dado paso a la fase de audiencia o contradictoria (*le débat contradictoire*) que habría permitido a dicha emisora defenderse antes de la sanción.

32 El Consejo Constitucional francés, a través de la decisión 96-378 DC de 23 de julio de 1996, dictó una decisión relativa al Poder sancionador de la entonces Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones.

33 Igualmente en sentencias referentes a actuaciones del *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*, podemos citar la del Consejo de Estado, Ass. 11 mars 1994, S.A. “*la Cinq*”, conclusiones del Comisario de Gobierno P. Frydman.

34 CE, 21 de febrero 1996, *Mutuelle antillaise des assurances et autres*, Recueil p. 737, en este caso, se trataba además de la imposición de una sanción por reincidir en la infracción administrativa.

En el año 2001, el Consejo de Estado francés declaraba que los estatutos creadores de las A.A.I. encerraban en ocasiones una serie de lagunas en materia procedimental no resueltas por sus propios reglamentos internos. Esta carencia se puso de manifiesto y fue de especial actualidad en la primera década del siglo XXI, cuando las dos altas cortes jurisdiccionales francesas, el Consejo de Estado (de lo contencioso-administrativo) y la Corte de Casación³⁵ (de lo civil), se alinearon e hicieron suya la extensiva aplicación que del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hacía su propio Tribunal Europeo de Derecho Humanos³⁶. En concreto, el Tribunal de Estrasburgo reconocía que los elementos de un proceso equitativo contenidos en este artículo, se podían invocar contra decisiones sancionadoras de las Autoridades independientes desde el momento en que dictasen una resolución sancionadora. El precitado alineamiento no fue tan sencillo como se podía pensar inicialmente, pues las mencionadas altas cortes jurisdiccionales nacionales debieron admitir que las resoluciones dictadas por las A.A.I. (principalmente en materia disciplinaria) caerían bajo el amparo del art. 6.1 del CEDH, aun cuando en el derecho interno no tuviesen la consideración de jurisdicciones³⁷, ni sus pronunciamientos la consideración de sanciones penales.

Actualmente, los jueces de Estrasburgo, ante los argumentos que esgrimen en estos casos por los Gobiernos nacionales, declaran que las calificaciones jurídicas nacionales de los organismos en cuestión no son determinantes³⁸.

En cualquier caso, la jurisprudencia del TEDH no sólo impone criterios de imparcialidad, objetividad o equidad en el funcionamiento de toda “jurisdicción”, sino que toda “jurisdicción” en cuestión debe además dar la impresión que puede satisfacer o cumplir estos criterios³⁹, es la llamada “Doctrina de las apariencias”⁴⁰. Además añade

35 CE, Ass. 3 de diciembre de 1999, *Didier*, Recueil p. 399; Cassation, Ass. Plen, 5 de febrero de 1999, *COB c/ Oury*.

36 El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el Derecho a un proceso equitativo, establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

37 Salvo alguna que otra excepción como la Comisión Bancaria –*Comission Bancaire*–, Comisión que se hace cargo de perseguir infracciones bancarias

38 De hecho, desde una perspectiva pragmática, el Tribunal Europeo tan solo manifiesta interesarse por la situación de la persona que se encuentra ante un órgano concreto y no a la calificación formal que se haga de éste como órgano administrativo, jurisdicción, autoridad administrativa o simple agente público. Es suficiente con que cualquiera de estos órganos pueda dictar una decisión sancionadora de carácter severo, que tenga a la vez carácter preventivo y represivo, con vistas a proteger una norma de carácter general. Estos tres criterios fueron establecidos por el TEDH en la sentencia de 21 de febrero de 1984, *Öztürk*, n.º 8544/79, serie A n.º 73; en estos casos el Tribunal Europeo de Derecho Humanos considera que las garantías del art. 6 del CEDH son de aplicación.

39 TEDH, 17 de enero de 1990, *Delcourt c/ Bélgica*, n.º 2689/65, Serie A n.º 11.

40 Ha habido altibajos en la aplicación de la Doctrina de las apariencias por el juez administrativo francés. En un primer momento, este juez iría más allá de las apariencias y descartaría el sentido formal de la noción de tribunal, redefiniendo la autoridad administrativa en el sentido del derecho interno, como jurisdicción por su naturaleza, su composición y sus atribuciones. Actuando de este modo, reconocía la apli-

el TEDH que la concentración de diversas funciones en el mismo órgano puede generar en el justiciable un cierto sentimiento de incertidumbre en cuanto a la legitimidad de la decisión y la imparcialidad de los jueces que decidirán sobre el asunto (reiterando la necesidad de separar las funciones de instrucción de las de enjuiciamiento sobre el fondo de la cuestión, típicamente separadas en el ámbito penal).

Es notable el hecho de que las A.A.I. cuentan por definición con el poder de decidir sobre la incoación de un procedimiento ante las conductas presuntamente sancionables de empresas que actúan en el sector que regulan, así como iniciar o no un procedimiento disciplinario en caso de considerar la existencia de una conducta sancionable. Se debe entender que poca o ninguna influencia se puede ejercer sobre ellas a la hora de decidir incoar o no un procedimiento. Así, tras la instrucción de éste, pueden eventualmente decidir sancionar. Esta conducta represiva de las A.A.I. que ha sido cuestionada por el propio TEDH (y por ende poco popular), ha llevado al Estado francés a fijarse objetivos a medio plazo sobre la búsqueda de un consenso entre las diferentes jurisdicciones y los sectores regulados, para poder informar y garantizar que el propio Estado de Derecho no se vea amenazado por el hecho de que el régimen de las sanciones administrativas, pronunciadas en particular por una A.A.I., no siga el mismo esquema que el régimen de las sanciones penales⁴¹.

De este modo, nos encontramos ante unas A.A.I. que ejercen poderes muy heterogéneos, pudiendo ir desde el mero informe consultivo o recomendación hasta el concreto ejercicio del poder sancionador, pasando por el dictado de medidas reglamentarias, de autorizaciones administrativas, de funciones de investigación o de envío de requerimientos. En lo más alto de la escala nos encontramos con ciertas autoridades independientes que cuentan con el ejercicio de todas las prerrogativas; a medida que descendemos, otras autoridades tan sólo reunirán algunas de éstas⁴².

cabilidad del art. 6.1 del CEDH en la fase administrativa (CE Ass. 3 de diciembre de 1999, *Didier*); Esta evolución jurisprudencial que venía justificada por el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la autoridad de regulación tenía sin embargo un alcance limitado, en la medida en que se le consideraba tribunal en cuanto al objeto y naturaleza del procedimiento a seguir y del perjuicio alegado (que justificaba pues la aplicación del precitado art. 6.1 CEDH). *A contrario*, el art. 6.1 del CEDH no se aplicaría a aquellas A.A.I. que no tuvieran competencia en materia sancionadora (o cuando menos sus decisiones no tuvieran incidencia directa de orden profesional o patrimonial sobre las personas interesadas), como es el caso del ente regulador, equivalente a nuestra Agencia Española de Protección de Datos, *Comission nationale informatique et libertés* (CNIL) en la sentencia CE, Ass, 3 de diciembre de 1999, *Caisse de Crédit Mutuel de Bain-Tresboeuf* (RFD adm 2000, p. 574, conclusiones Combrexelle), y cuyas medidas en cuestiones de policía administrativa (las llamadas *mesures de police*) que adoptasen tales autoridades, a pesar de que pudiesen tener una incidencia patrimonial, en aplicación de la Doctrina de las apariencias, no se considerarían sanciones, ni les sería aplicable el ya reiterado art. 6.1 CEDH. El Consejo de Estado acudiría pues a la Doctrina de las apariencias cuando no lograrse equilibrar el ejercicio de las prerrogativas del poder público con las exigencias de orden público: CE, 22 de junio de 2001, *Athis*, RFD Adm. 2002, p. 509, Conclusiones LAMY.

41 Conseil d'Etat, *Rapport Public 2001*, Ed. La Documentation Française, p. 363.

42 El poder mínimo es el que permite a las A.A.I. emitir *informes* o *dictámenes*. Cuanto más intervienen estas autoridades en ámbitos de regálía del Estado, menos disponen de poderes vinculantes; Dentro de la escala nos encontramos después con los requerimientos (*mises en demeure* o *injonctions*), como ordenes que recibe el interesado de cumplir con un comportamiento determinado (pueden ser consideradas

La potestad sancionadora de las A.A.I. como comentábamos anteriormente se ha desarrollado progresivamente estos últimos años, por mor de las exigencias represivas y de regulación de dichos entes. De entre las categorías de sanciones existentes objeto de este auge, anteriormente expuestas, podemos destacar principalmente dos especialmente ampliadas: las sanciones de carácter profesional o funcional y las sanciones de carácter económico⁴³. Posibles sanciones sobre conductas que pueden incluso tener una trascendencia penal⁴⁴.

Sea como sea, lo que si podemos afirmar dentro de la casuística y variedad que rodea a los poderes de las A.A.I., es que la línea divisoria se encontraría entre las autoridades propiamente reguladoras de aquellas autoridades de menor escala descentralizadora. Aquéllas, por su misión, contarían con unos poderes mucho más amplios, aunando mayores instrumentos jurídicos que las restantes. Así las cosas, el Consejo de Estado francés considera que los poderes de las A.A.I. van más allá del puro marco jurídico establecido, debiendo desempeñar incluso labores de persuasión, información, e influencia en un entorno que dé confianza a los operadores⁴⁵. Sin duda un cúmulo de buenos propósitos, no sin ciertas connotaciones volterianas, en sectores en ocasiones especialmente sensibles. Desde la perspectiva sancionadora, veamos a continuación una serie de ámbitos que encierran un interés especial.

meras llamadas al orden o en su caso decisiones que supongan una carga o gravamen en el patrimonio del administrado): revisten flexibilidad estos instrumentos frente a la más rígida medida de la sanción; las *decisiones individuales* a menudo creadoras de derechos pueden ser de distintas formas: se puede tratar de autorizaciones administrativas para ejercer una determinada actividad (emplear recursos escasos del espectro radioeléctrico en el ámbito de las telecomunicaciones, por ejemplo). También se consideran decisiones individuales, la resolución de conflictos entre operadores llevados a cabo por las autoridades reguladoras; el *poder reglamentario* previa habilitación legislativa también puede ser concedido a las A.A.I.; el *poder de instrucción* o de *investigación* vinculado a la noción de control forma parte de otros de los poderes de estas autoridades; sin olvidar por último el *poder de sanción*.

43 Recordemos que como se hacía mención anteriormente, también existen las llamadas sanciones particulares de carácter contractual (*sanctions particulières contractuelles*) y las sanciones de origen comunitario (*sanctions communautaires*). Sobre las sanciones de carácter profesional, pueden conllevar la restricción de la capacidad de actuar de los operadores en cuestión, pudiendo incluso llegar al cese de actividad. Entre estas sanciones se incluyen prohibiciones de carácter temporal o definitivo del ejercicio de todo o parte de los servicios provistos por el operador (por ejemplo, la retirada o suspensión de la autorización concedida a los operadores de redes y proveedores de servicios, con que puede sancionar la *Autoridad de regulación de las comunicaciones electrónicas et de correos* (*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* –ARCEP–, Sobre las sanciones de carácter económico, surgidas con fuerza en los años 80 del pasado siglo, son aquellas multas que puedan, como en el caso de las impuestas por la Comisión de la Competencia (*Conseil de la Concurrence*), órgano regulador del mercado de la competencia, alcanzar hasta el 5% de la cifra de negocio de un operador que vulnere las normas de la competencia.

44 Las A.A.I., dispongan o no de la potestad sancionadora, están obligadas a dar parte al Ministerio Fiscal en virtud del art. 40 del Código de Procedimiento Penal (*Code de Procédure Pénale*) de toda infracción cometida por un operador de su sector que pueda ser penalmente perseguible según la legislación aplicable. Existe de hecho jurisprudencia sobre el rechazo de la CNIL de cumplir con este art. 40 y le exigencia de llevarlo a cabo, en la Sentencia del Consejo de Estado CE, Sección, 27 de octubre de 1999, *Solana*, Recueil Lebon, p. 333.

45 Rapport Public 2001, *op. Cit.* p. 312.

II. LA POTESTAD SANCIONADORA EN FRANCIA EN ÁMBITOS ESPECIALMENTE CARACTERÍSTICOS

Tras lo expuesto, vamos a poder comprobar como al frente de cada sector, la mayoría de las veces nos encontramos con una autoridad que reúne la potestad de imponer sanciones, como es el caso de la autoridad reguladora del sector de las telecomunicaciones o la autoridad que controla el sector de los seguros. En caso de existir una autoridad que no pueda imponerlas, se incoan los correspondientes procedimientos en su seno, adoptándose una serie de medidas que acaban siendo objeto de resolución por el Ministro del ramo. De entre los sectores escogidos, hemos optado por exponer la situación en los sectores sanitario (muy amplio en sí mismo, por lo que nos ceñiremos a sanciones de especial interés en ámbitos como la donación de órganos o la protección de datos y la salud), el sector asegurador y por último el sector de las telecomunicaciones.

1. El sector sanitario

Abordar la potestad sancionadora desde una perspectiva sanitaria es una cuestión extremadamente amplia, que integra tanto las actividades relacionadas con la salud humana como animal. Ante la amplitud de la empresa que entendemos no corresponde tratar en su totalidad en el presente estudio, abordaremos algunos ámbitos en los que pueden imponerse sanciones por parte de los poderes públicos. Así, hemos escogido el ámbito de la protección de datos y de la donación órganos y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, por tratarse de bienes *extra commercium* especialmente sensibles y por ello tenidos en cuenta por el legislador francés, de entre los distintos ámbitos que son objeto de control por la Administración en el sector de la salud.

Tres leyes han de tenerse en cuenta en este sector⁴⁶: 1. *Ley n.º 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano*⁴⁷; 2. *Ley n.º 94-654 de 29 de julio de 1994, relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, la asistencia médica, procreación y diagnóstico prenatal*⁴⁸; 3. *Ley n.º 94-548 de 1.º de julio de 1994 relativa al tratamiento de datos nominativos cuya finalidad es la investigación en el ámbito de la salud y que modifica la ley n.º 78-17 de 6 de enero de 1978 sobre informática, ficheros y libertades*⁴⁹.

De manera concreta en el ámbito sancionador, esta última ley introdujo en sus artículos 15 a 18, las bases legales aplicables a las infracciones cometidas por aquellas personas que manipulasen órganos de origen humano de manera fraudulenta, o que

46 Conseil d'État, *Les lois de bioéthique cinq ans après*, Ed. La Documentation française, Paris 1999.

47 *Loi n.º 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.*

48 *Loi n.º 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, assistance médicale, procréation et diagnostic prénatal.*

49 *Loi n.º 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n.º 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*

obtuvieran éstos previo pago de una cantidad dineraria o con coacción o intimidación. Se introdujeron sanciones administrativas, como por ejemplo la retirada temporal o definitiva de las autorizaciones administrativas necesarias para realizar la labor investigadora desempeñada, así como sanciones de carácter penal (penas de cárcel y multa para las personas que comercializarán con órganos humanos, por ejemplo).

En el año 2004, las tres leyes sobre Bioética mencionadas fueron revisadas dando paso a tres nuevos textos legales sobre la materia⁵⁰. Estas leyes tuvieron una repercusión especial en el ámbito sancionador de la Administración sanitaria francesa tanto a nivel de donación de órganos como de protección de datos sanitarios.

A) *Las sanciones en materia de protección de datos sanitarios*

Sobre protección de datos sanitarios, podemos poner de relieve que la anteriormente citada *Ley 2004-801 sobre protección de personas físicas*, hizo que la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades⁵¹ –CNIL– (*Commission Nationale Informatique et libertés*), equivalente a la Agencia Española de Protección de Datos, cobrase un especial protagonismo a la hora de proteger la información relativa a los pacientes. Actualmente, dentro de las actividades de amplia proyección que realiza la CNIL⁵², se encuentra también el sector de la salud en el que igualmente garantiza que las informaciones utilizadas en el tratamiento automatizado de datos sean adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación a las finalidades que necesiten su registro⁵³. En

50 En uno de ellos, se subsumían las leyes sobre el respeto del cuerpo humano y la donación y utilización de elementos del cuerpo humano anteriores y que se ha denominado *Ley n.º 2004-800 de 6 de agosto relativa a la bioética*; un segundo que revisaba la Ley 94-548 y que tenía por nombre *Ley n.º 2004-801 relativa a la protección de las personas físicas ante el tratamiento de datos de carácter personal y que modifica la ley n.º 78-17 de 6 de enero de 1978 sobre informática, ficheros y libertades*. Además, la *Ley n.º 2004-806 de 9 de agosto de 2004 relativa a la política de Salud Pública* aprobada, incluyó disposiciones en materia de tabaquismo, planificaciones regionales en materia de salud pública, programación en cuestiones de salud y prevención, establecimiento de sistemas de vigilancia ante amenazas para la salud humana, salud en general, medio ambiente o formación médica continuada, entre muchas otras.

51 Aprobada por Ley de 6 de enero de 1978, su funcionamiento está regulado en dicha ley y en su decreto de aplicación n.º 78-774 del 17 de julio de 1978 (JO 23 de julio de 1978), igualmente por el reglamento interno de la CNIL (Deliberación n.º 87-25 de 10 de febrero de 1987, JO 18 de marzo de 1987). Del mismo modo la Ley de 4 de agosto de 2004 refuerza sus potestades de control a posteriori y amplía sus potestades sancionadoras.

52 A 31 de diciembre de 2001, desde su creación por la Ley n.º 78-17 de 6 de enero de 1978, la CNIL había registrado 803.765 tratamientos automatizados de datos nominativos o personales. De entre ellos, 67,50% se declararon mediante un procedimiento simplificado, CNIL 22.º informe de actividad 2001, Ed. *La Documentation Française*, 2002, p. 15; el artículo 1 de la Ley de creación de la CNIL establece que: “La informática debe ser un servicio de cada ciudadano. Su desarrollo debe operarse en el marco de la cooperación internacional. No debe vulnerar ni a la identidad humana, ni a los derechos del hombre, ni a la vida privada, ni a las libertades individuales o públicas”.

53 A modo de Derecho comparado, ver en España en este sentido de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los art. 7.3 de la LOPD (sobre datos especialmente protegidos, entre ellos los datos sanitarios); art. 8 de la misma Ley (datos relativos a la salud); además mencionar también: art. 4 (Principio de calidad), art. 5 (principio de transparencia), art 6 (principio del consentimiento), art. 9 (principio de seguridad).

cuestión sanitaria, vela para que fuera de los casos previstos de manera limitativa y concreta por la Ley, las informaciones relativas a la salud no sean almacenadas más allá de un periodo determinado⁵⁴.

En materia sancionadora, la Ley 2004-801 de 6 de agosto de 2004⁵⁵ refuerza las potestades de control *a posteriori* de la CNIL a través de una ampliación de sus poderes en términos de instrucción y de sanción. La consecuencia de estas medidas no es otra que la de dotar de mayor seguridad, por ejemplo, al paciente en la relación que entabla normalmente con el facultativo y con el hospital, en cuanto al flujo de información especialmente protegida que pueda circular.

Sobre el procedimiento administrativo que sigue la CNIL, cualquier ciudadano interesado puede reclamar ante ella a través de un escrito. Es competente para recibir quejas, reclamaciones y peticiones así como para decidir sobre continuar la instrucción de un determinado asunto de manera unilateral e independiente⁵⁶. En la práctica, la CNIL solicita a sus agentes que se desplacen *in situ* para comprobar las condiciones en las que están siendo tratados los datos (art. 44-I nuevo de la Ley n.º 78-17). Normalmente este control se lleva a cabo después de que la CNIL haya sido informada mediante denuncia. Puede a fines de instrucción, solicitar cualquier documento útil, solicitar testimonios o levantar cualquier obligación de confidencialidad de las personas que desempeñan labores informáticas en el centro sanitario u hospital en cuestión⁵⁷.

La novedad introducida por la Ley n.º 2004-801 consiste en que las sanciones por vulnerar los preceptos legales y reglamentarios introducidos por esta ley en el Código de Salud Pública referentes a la protección de datos sanitarios, pueden ser directamente dictadas por la propia CNIL. Así se introducen sanciones como: 1. el envío de un aviso (*avisement*) con posterior requerimiento (*mise en demeure*); 2. una sanción económica (que puede ser entre 150.000 a 300.000.- euros, o un 5% de la cifra de negocio de la clínica o centro de investigación clínica); 3. la conminación (*injonction*) o cese del tratamiento de datos personales; 4. La prohibición o bloqueo (*verrouillage*) de uso de ciertos datos.

54 Otros datos que la CNIL trata de evitar que sean almacenados o de serlo, garantizarles una protección especial y la existencia de un límite de tiempo de conservación son: los orígenes raciales, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas, la pertenencia a sindicatos, la condición sexual o las infracciones o condenas.

55 Decir que esta Ley retoma la Directiva 95/46 de 24 de octubre de 1995 sobre protección de datos personales y tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que venía a modificar la *Ley de 6 de enero de 1978 sobre informática, ficheros y libertades*.

56 Para cumplir con lo exigido por la Ley, es sabido que la CNIL prefiere llegar a acuerdos en lugar de llevar a cabo de primeras medidas represivas, por lo que realiza un esfuerzo notorio en obtener transacciones amistosas de los diferendos. La autoridad en este caso que ha ejercido la CNIL hasta ver aumentados sus poderes de instrucción y de sanción ha hecho de esta A.A.I. un instrumento que genera confianza en la protección de datos. Es más, es sabido que la mayor parte de las veces por el mero hecho de que la CNIL intervenga, se obtienen soluciones satisfactorias para las partes.

57 A modo de instrucción, los agentes de la CNIL podrán “acceder de 6 a 21 horas (...) a los lugares, locales, recintos, instalaciones o establecimientos (...) de uso profesional, excluyendo las partes de estos que estén afectos a un domicilio privado” (art. 44-I nuevo de la Ley n.º 78-17).

Otro ejemplo de sanciones en el sector sanitario son aquellas impuestas en el ámbito de la donación de órganos.

B) Las sanciones en materia de donación de órganos

Las sanciones administrativas que recoge la Ley francesa en materia de donaciones de órganos, de tejidos y células, de extracción y conservación de tejidos o del uso y administración que se pueda hacer de los preparados de terapia celular, son de dos tipos: por un lado la suspensión y por otro la retirada de toda una serie de autorizaciones previstas y necesarias para los establecimientos que realicen este tipo de actos médicos. Todo ello, sin perjuicio de las sanciones penales y las multas que por realizar conductas tipificadas como delito por el Código Penal se relacionen con elementos y productos del cuerpo humano.

De manera más concreta, recoge el artículo L-1245-1 del Código de Salud Pública⁵⁸ (CSP) que toda violación por parte de un establecimiento u organismo de las prescripciones legislativas o reglamentarias sobre los actos médicos recogidos en la Ley, conllevará la retirada temporal o definitiva de una serie de autorizaciones reguladas en diversas disposiciones⁵⁹. A modo de ejemplo, cabe citar el artículo L. 1233-1 CSP sobre extracción de órganos de cara a ser donados con fines terapéuticos, que sólo podrán ser realizados en hospitales habilitados por la autoridad competente tras dictamen de la *Agencia de Biomedicina*⁶⁰. La autorización se concede por cinco años renovables. Igualmente queremos mencionar la autorización del art. L. 1243-2 CSP, referente a los centros que se hacen cargo de la preparación, conservación, distribución y cesión con fines autólogos o alogénicos, de tejidos derivados de terapia celular. En este caso, es preceptivo el dictamen previo de la *Agencia de Biomedicina* y de la *Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria de los Productos de Salud*⁶¹.

58 Como veremos a continuación, todas las disposiciones tanto legales como reglamentarias que se incluyan en cualquier Código que reúna las normas aplicables a un ámbito concreto en Francia, en este caso las relativas a la salud pública (en el Código de Salud Pública) se reconocerán en función de la letra que las preceda. Si se trata de disposiciones legales, introducidas por una Ley o por una norma con rango de Ley, precederá al número del artículo la letra “L”, inicial de “Ley”; si se tratase de una disposición reglamentaria, introducido por un Reglamento, la letra “R”, de “Reglamento” se mencionará antes del número en cuestión.

59 Ver igualmente en este sentido el art. L. 1234-2 CSP; art. L. 1242-1 CSP; art. L. 1243-4 CSP en relación con el art. 40-2 de la Ley n.º 78-17 de 6 de enero de 1978 que ha sido anteriormente citada con respecto a la CNIL; el art. L. 1243-5 CSP; el art. L. 1243-6 CSP.

60 La *Agence de Biomedecine* es un organismo público de carácter nacional que fue creado por la Ley n.º 2004-800 de 6 de agosto de 2004 relativa a la bioética. Actúa en el ámbito de la extracción y donación de órganos, de tejidos y células, así como en los ámbitos de la procreación, embriología y la genética humanas. Paralelamente y a título ilustrativo, la precitada ley introduce el art. L. 1412-2 del Código de Salud Pública, que califica como autoridad independiente al *Comité consultivo Nacional de Ética, para las ciencias de la vida y de la salud*, que cuenta con una competencia consultiva en cuestiones de ética y de sociedad planteadas ante la evolución de los conocimientos biomédicos. Este comité tiene 39 miembros nombrados por un periodo de 4 años.

61 La *Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé* (AFSSAPS) es un organismo público del Estado adscrito al Ministerio de Sanidad. Fue creada por la *Ley de 1.º de julio de 1998 de creación de un*

El procedimiento de imposición de la sanción de retirada de la autorización en cada caso necesaria, es sencillo: para poder llevarlo a cabo deberá cumplirse con un plazo de un mes desde el requerimiento (*mise en demeure*) realizado por la autoridad administrativa competente al centro o establecimiento que lleva a cabo estas actividades, dando paso con posterioridad al procedimiento administrativo establecido.

A continuación, y dentro del análisis de la potestad sancionadora relativa a la salud que estamos realizando, se ha considerado oportuno poner de relieve una importante decisión del Consejo de Estado francés que, con un trasfondo de actividad sanitaria, ha permitido delimitar una cuestión tan compleja como son las competencias respectivas de la ley y del reglamento dentro del Derecho público francés.

C) *La definición del régimen de las sanciones administrativas a través de la delimitación de competencias respectivas entre la ley y el reglamento*

Esta importante cuestión ha sido objeto de una reciente decisión del Consejo de Estado a través de una materia ciertamente técnica como es aquella referente a los *contratos plurianuales de objetivos y medios* firmados entre la *Agencia Regional de Salud* y los establecimientos o centros sanitarios. En concreto, el 18 de julio de 2008, la sección de lo contencioso del Consejo de Estado Francés hizo pública la Decisión *Fédération de l'Hospitalisation Privée*, en la que este organismo solicitaba la anulación a través de un recurso por exceso de poder, equivalente a nuestro recurso contencioso-administrativo, del *Decreto n.º 2006-1332 de 2 de noviembre de 2006 sobre contratos plurianuales de objetivos y de medios y que modifica el código de salud pública*⁶², por vulnerar el Principio de legalidad en materia sancionadora, además de la condena en costas del Estado en la cantidad de 3.000.- euros, al amparo del art. L. 761-1 del Código de Justicia Administrativa⁶³. No se estimó su pretensión. Dicha decisión se pronunció además sobre cuestiones jurídicas de primer orden, teniendo un alcance legal de gran calado. En concreto redeterminó de manera clara la frontera existente entre las respectivas competencias de la Ley y del Reglamento de cara a definir el régimen de las sanciones administrativas.

En el Derecho francés existen dos disposiciones constitucionales, los art. 34 y 37 de la Constitución de la V.^a República de 4 de octubre 1958, que determinan respectivamente las materias que son objeto de reserva de Ley (las del art. 34) quedando aquellas materias que no forman parte del listado de este artículo al albur del instrumento regla-

dispositivo de vigilancia, seguridad y seguridad sanitaria. Tiene como misión la de garantizar la seguridad en la utilización, calidad y buen uso de los productos sanitarios. Su competencia abarca a los medicamentos y materias primas, a los dispositivos médicos de diagnóstico *in vitro*, y a los productos terapéuticos y biológicos de origen humano (productos sanguíneos, órganos, tejidos, células, productos de terapia génica y celular, productos cosméticos, etc.).

⁶² *Décret n.º 2006-1332 du 2 novembre de 2006 relatif aux contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens et modifiant le code de santé publique.*

⁶³ Las costas en Francia corresponden con la figura denominada *des frais de justice et des dépens.*

mentario para su regulación, el reglamento autónomo (como dispone el art. 37 del precitado texto constitucional). Este artículo en cuestión reza así: “Las materias distintas de aquellas que son del ámbito de la ley tienen un carácter reglamentario”.

En el caso concreto objeto de la resolución, los contratos plurianuales de objetivos y medios creados por el Gobierno a través de la *Ordonnance*⁶⁴, n.º 96-346 de 24 de abril de 1996, tienen como finalidad poder regular la oferta asistencial en el territorio galo. Estas figuras sinalagmáticas consisten en acuerdos firmados entre los centros hospitalarios y las Agencias regionales de Hospitalización con el fin de enmarcar la organización y la actividad de aquéllos⁶⁵. Estos contratos así como el régimen de sanciones administrativas aplicables están regulados en los artículos L. 6114-1 al L. 6114-5 del Código de Salud pública.

La *Ordonnance* n.º 2003-850 de 4 de septiembre de 2003 había modificado lo dispuesto por la *Ordonnance* n.º 96-346, y en concreto la disposición impugnada por la Federación de hospitalizaciones privadas era el correspondiente *Decreto de aplicación n.º 2006-1332 de 2 de noviembre relativo a los contratos plurianuales de objetivos y medios y que reformaba las disposiciones reglamentarias del Código de Salud Pública*. La parte más interesante y conflictiva del litigio versaba sobre la articulación de las disposiciones legislativas y reglamentarias a la hora de definir el régimen de las sanciones administrativas y que se aplicarían en caso de incumplir lo establecido en los artículos aplicables a los contratos de objetivos y de medios⁶⁶.

Actualmente, el régimen sancionador sobre estos contratos está regulado en los art. L. 6114-1 y siguientes del Código de Salud Pública, y gravita en torno a dos tipos de sanciones: por un lado, la *suspensión* o en su caso la *rescisión del contrato* cuando haya habido un incumplimiento grave del titular de la autorización de las normas legales y reglamentarias existentes, o de sus obligaciones contractuales (en concreto, el art. L. 6114-1 CSP); por otro lado, las *sanciones pecuniarias (pénalités financières)* establecidas en los propios contratos, por el incumplimiento de éstos⁶⁷. El Decreto n.º 2006-1332 desarrolló este doble régimen de sanción, pudiendo una actuación determinada ser sancionada a la vez por una sanción puramente administrativa (retirada de una autorización) como administrativa de carácter económico⁶⁸.

64 Equivalente al instrumento normativo del Real Decreto-Legislativo español, requiere que el Gobierno sea habilitado legislativamente con carácter previo en virtud del art. 38 de la Constitución francesa.

65 En concreto, a través de la fijación de objetivos de calidad y de seguridad en la prestación de la atención sanitaria, así como el volumen de la actividad asistencial y la utilización del equipamiento, cuestión por tanto inmersa en parámetros y valoraciones de carácter mayormente técnico. Para aquellas clínicas privadas que no realicen prestaciones de servicio público, estos contratos pueden fijar entre otros las tarifas sobre las cuales se lleve a cabo el reembolso de los seguros de enfermedad (*l'assurance-maladie*) de ciertos tipos de prestaciones.

66 Edouard Geffray, Sophie-Justine Liéber, *Champs de compétence respectifs de la loi et du règlement en matière de sanctions administratives*, AJDA 2008, p. 1812.

67 A saber, incumplimientos relacionados con actividades a desarrollar por los centros o sobre los niveles de calidad y seguridad en la prestación sanitaria; en concreto, arts. L. 6114-2 y L. 6114-3 CSP.

68 En derecho francés, cualquier disposición reglamentaria que desarrolle posteriormente estas cuestiones, no puede considerarse como vulneradora del *principio de non-bis in idem*, pues es un complemento del mismo tipo de sanción.

El desarrollo reglamentario de las anteriores sanciones, consta en el CSP a través de los art. R. 6114-11 y R. 6114-12 relativos a la facultad de suspender o de rescindir el contrato por el Director de la Agencia Regional de Hospitalización tras desoír el requerimiento realizado y “cuando se ha constatado un incumplimiento grave del titular de la autorización a las disposiciones legislativas y reglamentarias o a sus obligaciones contractuales”. El art. R. 6114-13 prevé las sanciones económicas en caso de que los centros sanitarios incumplan sus compromisos contractuales, principalmente en cuanto a los objetivos en su actividad.

Pues bien, el motivo de la impugnación realizada por la Federación de Hospitalizaciones Privadas versaba sobre la excesiva generalidad con la que se habían redactado estos artículos reglamentarios, y que no permitían identificar de manera clara los comportamientos que podían ser objeto de sanción. Esta generalidad era contraria en su opinión, al Principio de legalidad en materia sancionadora, ubicado en Francia en el más amplio *Principe de légalité des délits et des peines*, principio más genérico que el recogido en el art. 25.1 de la Constitución española, cuya concreción permite garantizar en mayor medida el principio de seguridad jurídica⁶⁹.

En Francia este principio está recogido en el art. 34 de la Constitución, antes mencionado⁷⁰, sin obviar el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 que forma parte del *Bloque de Constitucionalidad francés*⁷¹ y recoge el principio *nulla poena sine lege*⁷². La expresión utilizada con regularidad en Derecho francés es la de “*Toute sanction doit être prise en vertu d'un texte*”,

69 Así es, el art. 25.1 de la Constitución española establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o *infracción administrativa*, según la legislación vigente en aquel momento”.

70 El art. 34 de la Constitución francesa de 1958 recoge que es materia de ley: «la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats», a saber la tipificación de los crímenes y delitos y las penas que le son aplicables, el procedimiento penal, la amnistía, la creación de nuevos órdenes de jurisdicción o el estatuto de los magistrados.

71 El *Bloc de Constitutionnalité* está formado por todas las normas que tienen valor constitucional y que están garantizadas y protegidas por el Consejo Constitucional: 1. Los principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios a nuestro tiempo (*Principes particulièrement nécessaires à notre temps*), en concreto los contenidos en los Preámbulos de las Constituciones de 1946, de la IV.^a República y de 1958, de la V.^a República; 2. la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; 3. Los Principios fundamentales reconocidos por las Leyes de la República (*Principes fondamentaux reconnus par les Lois de la République* – en concreto diez principios reconocidos por el Consejo Constitucional, por citar uno, los derechos de defensa [Decisión n° 76-70 DC de 2 de diciembre de 1976, “*prévention des accidents du travail*”], uno reconocido por el Consejo de Estado, la prohibición de realizar extradiciones de carácter político [Sentencia del Consejo de Estado, Ass., 3 de julio de 1996, M. Koné]; 4. Los principios y objetivos de valor constitucional (por ejemplo la Dignidad Humana); 5. por último, la Carta sobre el medio ambiente de marzo 2005.

72 Art. 8 de la DDHC de 1789: “*la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*”. Por tanto, la ley debe crear penas que sean necesarias y nadie podrá ser castigado sino por una ley que establezca con anterioridad el delito, sea legalmente aplicada y haya sido previamente promulgada.

remitiendo a un texto preexistente el dictado de una sanción. Por texto se puede entender tanto una ley como un reglamento, que haya definido con anterioridad tanto la sanción en sí misma como los elementos constitutivos de la infracción: es decir los actos que llevan aparejada una sanción. Según el Consejo Constitucional francés este planteamiento trae como resultado “la necesidad para el legislador de definir las infracciones en términos suficientemente claros y precisos para excluir la arbitrariedad”⁷³.

Esta exigencia de claridad y de precisión, ha sido igualmente objeto de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁴, como hemos mencionado anteriormente. La jurisprudencia francesa ha admitido hace tiempo que el precitado principio se aplica igualmente a las sanciones administrativas y no solo penales, como ya recogió el Consejo Constitucional en su Decisión n.º 88-248 DC de 17 de enero de 1989, *Ley que modifica la Ley n.º 86-1067 de 30 de septiembre de 1986 sobre libertad de comunicación*⁷⁵. El Consejo de Estado francés considera igualmente que las sanciones administrativas quedan al amparo de este principio⁷⁶.

En este asunto de la *Fédération de l'Hospitalisation Privée*, la problemática surgió a la hora de definir los elementos constitutivos de la infracción administrativa. En este sentido, el Comisario de Gobierno (hoy llamado “*Rapporteur Public*”⁷⁷) Luc Derepas, consideró en sus conclusiones sobre este asunto que “para las garantías de derechos, importa que las personas afectadas por un régimen represivo sepan claramente cuales son los comportamientos de su parte que podrán ser sancionados y cuales no”. Así, la exigencia de precisión es más importante en las definiciones de sanciones penales que administrativas, en las que bastaría una enumeración de las obligaciones a las que está sometido el titular de la autorización. De este modo, la enumeración exhaustiva de las infracciones objeto de sanción no sería necesaria, siendo suficiente definir la infracción por el incumplimiento de las obligaciones a las que están sometidos los titulares de la autorización en cuanto a la actividad que ejercen, siendo no obstante condición *sine qua non* que las sanciones estuviesen previstas en un texto⁷⁸.

73 “*Il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire*”, Decisión del Consejo Constitucional, de 20 de enero de 1981, n.º 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*;

74 TEDH, *Malone*, 2 de agosto de 1984, Serie A, n.º 82.

75 *Loi modifiant la loi n.º 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*; El Consejo Constitucional indicó con referencia a la potestad sancionadora del *Conseil Supérieur de l'Audiotvisuel* (CSA), que las exigencias del principio de legalidad sancionadora “no solo concierne a las penas pronunciadas por las jurisdicciones represivas, sino que se extiende a toda sanción que tenga carácter punitivo, aun cuando el legislador haya permitido a una autoridad de naturaleza no jurisdiccional pronunciarse sobre ella”.

76 Consejo de Estado, Ass. 6 de marzo de 1959, *Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris*, Rec. Lebon p. 164; Consejo de Estado, Ass. 7 de julio de 2004, *Ministre de l'intérieur c/ M. Benkerrou*, Rec. Lebon p. 297; AJDA 2004 p. 1695, Chronique C. Landais et F. Lenica.

77 Recientemente el Comisario de Gobierno francés ha pasado a denominarse «*Rapporteur Public*» o “Ponente público”. Ver en este sentido, Marie-Christine de Montecler, *Le commissaire du gouvernement est mort! Vive le rapporteur public!* AJDA 30 juin 2008, p. 1230.

78 Consejo de Estado, Ass. 7 de julio de 2004, *Ministro del Interior c/ Benkerrou*, precitado; Consejo de Estado, 16 de enero de 2008, *Haberer*, AJDA 2008, p. 100, note M. Collet.

De manera más concreta, la Decisión del Consejo de Estado de julio de 2008 se pronunció sobre dos tipos de infracciones: las relativas al incumplimiento “de las obligaciones contractuales” y las relativas al incumplimiento de las “disposiciones legislativas y reglamentarias”; sobre las primeras infracciones, el Consejo de Estado consideró que era suficientemente clara la disposición reglamentaria, el art. R. 6114-13 del CSP, que contemplaba la suspensión o rescisión del contrato en caso de no haber cumplido con las obligaciones contractuales (en concreto, definía las condiciones de aplicación del art. R. 6114-1 y preveía sanciones económicas de no respetarse un compromiso contractual). Tan sólo apuntó el Consejo de Estado que únicamente los incumplimientos graves podrían ser sancionados, ya que el artículo precisaba que la sanción económica habría de “ser proporcionada a la gravedad del incumplimiento que se constate”. Sobre las segundas infracciones, surgió la controversia por la generalidad de la disposición: el “incumplimiento de las disposiciones legislativas y reglamentarias”, mención amplia y poco precisa sobre la legislación en vigor (que no precisa las obligaciones y comportamientos sancionables), y que se consideraba vulneradora del principio de legalidad sancionadora. Y efectivamente lo vulneraba, pero como veremos a continuación se trataba de un defecto de la ley de la cual el reglamento traía causa y no del propio reglamento.

El Consejo de Estado para resolver la controversia, podía haber optado por enumerar todas y cada una de las leyes y disposiciones vulneradas en este asunto, aplicables al sector de los centros sanitarios y de la seguridad social y que contenían infracciones ante determinados comportamientos. Empresa difícilmente abarcable por lo variadas y amplias de aquéllas⁷⁹.

Por ello, el Consejo de Estado decidió pronunciarse sobre este asunto en su sección contenciosa, dado que el art. R. 6114-11 del CSP establecía la suspensión y rescisión del contrato en caso de “incumplimiento grave del titular de la autorización de las disposiciones legislativas y reglamentarias”. De hecho, este artículo reglamentario había sido simple y llanamente calcado del articulado de la Ley de origen. Así pues, la cuestión fue pues doble en esta Decisión: si se consideraba que el reglamento debería de haber completado la ley, definiendo de manera precisa los elementos constitutivos de la infracción, entonces efectivamente se habría vulnerado el principio de legalidad sancionadora, debiendo el juez de lo contencioso-administrativo anular las disposiciones reglamentarias. Pero si se consideraba que este tipo de disposiciones sólo podían ser objeto de una ley y que el Decreto no podía intervenir en este ámbito, entonces era la propia ley la que adolecía de falta de claridad, no cumpliendo con las exigencias constitucionales mencionadas.

Ante esta situación, se aplica en Francia la teoría denominada de la “*Loi-écran*”, que consiste en que la Ley hace “pantalla”, “filtra” o impide, la posibilidad de decla-

79 Por otro lado, como dijo el Comisario de Gobierno Derepas, de nuevo en este asunto en concreto, era imposible conocer la voluntad del legislador, por cuanto el art. L.6114-1 del CSP había sido creado por habilitación legislativa, es decir por la *Ordonnance* n.º 2003-850 de 4 de septiembre.

rar la nulidad del acto administrativo, por cuanto ha sido dictado sobre la base de lo dispuesto en una ley.

Poco faltaba para que se introdujera en el sistema constitucional francés un mecanismo de control de constitucionalidad *ex post* de las leyes. De hecho, coincidía casi en el tiempo esta decisión del Consejo de Estado francés de 18 de julio de 2008, con la aprobación de la *Ley constitucional sobre la modernización de las Instituciones de la Vª República* el 23 de julio de 2008 y por la que, entre otras medidas que traían causa del *Rapport Balladur* presentado por el Gobierno Francés a instancias del Presidente Sarkozy, se introducía la cuestión de inconstitucionalidad a expensas de que posteriormente se desarrollase legislativamente, tal y como ocurrió con la *Ley orgánica nº 2009-1523 de 10 de diciembre de 2009 sobre la aplicación del art. 61-1 de la Constitución*. Esta figura se ha denominado “cuestión prioritaria de constitucionalidad”⁸⁰.

Volviendo al caso concreto, aun cuando las disposiciones del art. L. 6114-1 y L. 6114-4 del CSP fueran definidas por Decreto, no existía habilitación legislativa alguna para que el poder reglamentario pudiera pronunciarse sobre las materias del art. 34. De hecho, en palabras de Boulouis, “la jurisprudencia excluye que un reenvío general autorice al poder reglamentario a entrometerse en las competencias del legislador⁸¹”. Tampoco podía intervenir el poder reglamentario sobre la base del art. 37 de la Constitución francesa, como reglamento autónomo, pues cuando una ley se entromete en el campo del reglamento, el decreto ha de respetar la jerarquía normativa y por tanto la Ley, pero ya no se aplica la teoría de la “*Loi-écran*” en caso de inconstitucionalidad: es decir que el decreto podía haber sido anulado.

Sobre la duda a la hora de saber si las sanciones podían ser definidas en un Decreto, el Consejo de Estado en su jurisprudencia *Ministre de l'Intérieur c/ Benkerrou* de 2004, declaraba que las sanciones que garantizaran el respeto de la actividad económica, se podían definir por un decreto desde el momento en que el poder reglamentario fuese competente para regular esta actividad. No obstante, la decisión *Federación de la Hospitalización Privada*, según Derepas, aborda una cuestión inversa, pues trata de cuestiones atinentes a la reserva de ley del art. 34 de la Constitución francesa cuyo incumplimiento puede suponer la *rescisión del contrato*, su *suspensión*, la *fijación del reembolso de la prestación* según las tarifas de responsabilidad fijadas por reglamento, o bien la *transferencia de la competencia* de fijar los objetivos de actividad a la *autoridad competente*, el Director de la Agencia Regional de Hospitalización que puede actuar unilateralmente.

80 La “*question prioritaire de constitutionnalité*” está recogida en el artículo 61-1 de la Constitución que establece: “*Cuando, con motivo de una instancia en curso ante una jurisdicción, se invoque que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades que la Constitución garantiza, se podrá invocar esta cuestión ante el Consejo Constitucional, por remisión del Consejo de Estado o de la Corte de Casación, quien se pronunciará en un plazo establecido. Una Ley orgánica fijará las condiciones de aplicación del presente artículo*”. En el mes de julio de 2010, se encontraban en curso alrededor de cuarenta cuestiones prioritarias de constitucionalidad.

81 N. Boulouis, *Sur une notion discutible: l'édiction de mesures d'application des lois en vertu d'habilitations législatives*, Mélanges Labetoulle, pp. 113-120.

Son todas ellas materias a las que se aplica el principio de reserva de ley, pues la fijación de tarifas repercute en el ámbito de la seguridad social, y la fijación de objetivos de actividad y volumen repercute sobre libertad de empresa, la llamada– *liberté de commerce et de l'industrie* –, Por todo ello, las sanciones de este tipo han de estar previstas en una Ley⁸².

En conclusión, esta interesante Decisión de 18 de julio de 2008 considera de manera más estricta que cuando la definición de una obligación a la que se somete cierta actividad es competencia del legislador, *ex. art. 34* de la Constitución francesa, tan sólo la ley puede fijar el régimen de sanciones administrativas aplicables en caso de incumplimiento, así como determinar de manera concreta tanto las sanciones a imponer, como los elementos constitutivos de las infracciones que estas sanciones pretenden reprimir. Así, la *vis atractiva* de la competencia legislativa en materia de definición de las obligaciones se extiende al conjunto de las sanciones que le son aplicables. La escasa precisión del Decreto de n.º 2006-1332 en cuestión de infracciones, no dictado ni por causa de habilitación legislativa, ni en virtud del poder reglamentario autónomo del art. 37, no puede apartarse por tanto de la Ley. Invocar la vulneración del Principio de legalidad de los delitos y las penas (principio de legalidad sancionadora) del Decreto no puede tener incidencia alguna porque el juez de lo contencioso-administrativo no puede (podía entonces) anular las disposiciones reglamentarias conformes a una Ley, a pesar de que esta sea inconstitucional. La actual cuestión prioritaria de constitucionalidad podrá poner remedio a la situación preexistente, y permitir así anular una sanción administrativa de carácter individual formada sobre la base de un reglamento existente, cuando la ley de lo que trae causa sea inconstitucional.

Tras haber expuesto algunas situaciones relativas a la potestad sancionadora en el sector sanitario, veamos a continuación lo propio en el ámbito asegurador.

2. La potestad sancionadora en Francia en el sector de las compañías de seguros

La Autoridad Administrativa Independiente que se encuentra al frente del sector de los seguros se denomina actualmente *Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles*⁸³ (ACAM), *Autoridad de control de seguros y mutuas*, cuya función es la de

82 El Comisario de Gobierno planteaba si se podía compartir la competencia legislativa y reglamentaria, definiendo el tipo en una Ley (por las disposiciones legislativas aplicable al régimen de contratos de objetivos y medios), pero dejando a un Decreto regular otros elementos del régimen sancionador, a saber las obligaciones que se imponen a los administrados y la propia definición de las infracciones. Posición salomónica que no fue seguida por el Consejo de Estado.

83 Esta nueva denominación procede del art. 14 de la Ley n.º 2005-1564 de 15 de diciembre de 2005, *relativa a diversas disposiciones de adaptación al derecho comunitario en el ámbito de los seguros (portant sur diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des assurances)*.

controlar las empresas e instituciones que operan en el ámbito de los seguros⁸⁴. Esta denominación procede de la Ley n.º 2005-1564 de 15 de diciembre de 2005.

Cuando hacemos referencia a empresas que operan en el sector de seguros, ¿A qué operadores nos estamos refiriendo? ¿Cuáles son las sanciones previstas para ellos ante el incumplimiento de la legalidad vigente? ¿Cómo funciona la *Autoridad de control de seguros y mutuas*? ¿Qué procedimiento sancionador sigue? Veamos estas y otras cuestiones.

Según el art. L. 310-1 del Código de Seguros⁸⁵, el Estado controla en interés de los asegurados, tomadores o beneficiarios de un contrato de seguro o de capitalización, a: 1. Las empresas que contraen obligaciones basadas en los seguros de vida, o que se comprometen a entregar un capital por matrimonio, nacimiento de hijos o por ahorro de cara a su capitalización. 2. Las empresas que mediante seguros directos cubren riesgos de daños corporales vinculados a accidentes y enfermedades; 3. Las empresas que mediante seguros directos cubren otros riesgos, incluso aquellos vinculados a una actividad de asistencia⁸⁶; 4. Las empresas que capitalizan el ahorro sin la suscripción de compromisos determinados.

La ACAM cuenta con personalidad jurídica propia, está compuesta por nueve miembros⁸⁷, cuenta con autonomía financiera según el art. L. 310-12-3 del precitado Código y garantiza el respeto por las empresas del ramo de las disposiciones legislativas y reglamentarias. Evalúa igualmente las posibilidades de cumplimiento de dichas empresas sobre sus compromisos y su situación financiera, así como que sus órganos estén legalmente constituidos y funcionen de manera conforme a las disposiciones que los rigen, tal y como dispone el art. L. 310-12 del Código de Seguros. Controla en definitiva a todos los actores del sector, a través en su caso de las correspondientes sanciones administrativas.

84 Procedente de la antigua *Commission de contrôle des assurances*, que fue creada por *Ley n.º 89-1014 de 31 de diciembre de 1989 relativa a la adaptación del Código de Seguros a la apertura al mercado europeo*, fue posteriormente sustituida por la *Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance*.

85 *Code des Assurances*, modificado por la Ley n.º 94-679 de 8 de agosto de 1994.

86 En este artículo se excluyen expresamente la mutuas a las que afecta el *Código de Mutuas (Code des mutuelles)*, las instituciones regidas por el libro IX del Código de la Seguridad Social así como la contenidas en el art. L. 727-2 del Código rural.

87 El art. L. 310-12-1 del Código de Seguros dispone sobre su composición, que es la siguiente: 1. Un presidente nombrado por Decreto; 2. el Gobernador de la *Banque de France*, Presidente de la Comisión Bancaria; 3. Un Consejero de Estado, propuesto por el Vice-Presidente del Consejo de Estado; 4. Un Consejero de la Corte de Casación, propuesto por el Primer Presidente de la Corte de Casación; 5. Un Consejero del Tribunal de Cuentas, propuesto por el Primer Presidente del Tribunal de Cuentas; 6. 7. 8. y 9. cuatro miembros escogidos en función de sus competencias en materia de seguros, mutualidad, previsión y reaseguro. Destacar que el Director del Tesoro y del Director de la Seguridad Social, están presentes en las deliberaciones sin voz, y pueden, salvo en materia sancionadora, solicitar una segunda deliberación en las condiciones fijadas en Decreto del Consejo de Estado. Además, cuando la ACAM decide sobre una sanción, lo hace fuera de la presencia de estos dos órganos administrativos.

A) *El control de la ACAM: las sanciones administrativas*

Actualmente el funcionamiento y la organización de la *Autoridad de control de seguros y mutuas* está regulada por *Decreto n.º 2004-693 de 15 de julio de 2004 relativo a la organización y al funcionamiento de la Comisión de control de seguros, mutualidades e instituciones de previsión y que modifica el código de seguros* (parte reglamentaria)⁸⁸.

Según el art. L. 310-13 del Código de Seguros, el control de las empresas se lleva a cabo por la ACAM sobre los documentos de aquéllas e *in situ*. Es la propia ACAM, quien organiza y define las modalidades. A tal fin cuenta con un cuerpo de inspectores llamados comisarios-controladores de seguros (*commissaires-contrôleurs des assurances*) puesto a su disposición. En esta misma línea, según el art. R. 310-13 del Código de Seguros, las empresas previstas en el mencionado art. L. 310-1, antes citadas, están sometidas a la vigilancia de los inspectores (nombrados según condiciones determinadas por decreto dictado por el Consejo de Estado), y que pueden en cualquier momento comprobar *in situ* todas las operaciones, sin perjuicio de la obligación de secreto profesional que pesa sobre ellos de no divulgar los secretos o estrategias comerciales que pudieran llegar a conocer durante el ejercicio de sus funciones de control.

Según dispone el art. L. 310-18 y el art. L. 310-18-1 del Código de Seguros, si alguna de las empresas mencionadas en el art. L. 310-1-1 y art. L. 310-1 del mismo Código, vulnerase una disposición legislativa o reglamentaria que le es de aplicación o lleve a cabo prácticas que pongan en peligro la solvencia o la ejecución de compromisos que tuviese contraídos hacia los asegurados, adherentes o causahabientes, la ACAM puede dictar contra ella o contra sus dirigentes, una o varias sanciones de carácter disciplinario, en función de la gravedad del incumplimiento:

1. *Apercibimiento (Avertissement)*;
2. *Amonestación (Blâme)*;
3. Prohibición de realizar ciertas operaciones (la intervención parcial), o cualquier otra limitación en el ejercicio de su actividad; en su caso de intermediación.
4. La suspensión temporal de uno o varios dirigentes de la empresa o del organismo que ejerce la actividad de intermediación.
5. El cese de oficio de uno o varios dirigentes de la empresa, o del organismo que ejerce la actividad de intermediación.

⁸⁸ Además del código de la seguridad social (también en su parte reglamentaria) y el código de la mutualidad (igualmente en su parte reglamentaria).

6. La revocación total o parcial del consentimiento o acuerdo sobre la capacidad de actuar en un determinado sector (el denominado *agrément*).
7. La transferencia de toda o parte de la cartera de contratos.
8. La radiación del registro citado en el art. L. 512-1 del Código de Seguros.
9. La prohibición, en su caso, de realizar actividades de intermediación.

La ACAM puede optar por diferir en el tiempo la decisión, como dispone el art. L. 310-18 del Código de Seguros, con el fin de requerir del operador que ponga fin al incumplimiento de que se trate. Además, puede dictar o bien en su lugar o de manera complementaria a las sanciones citadas, una sanción pecuniaria. La cuantía de esta sanción irá en función de la gravedad del incumplimiento, sin poder exceder el 3% de la cifra de negocio fuera de impuestos realizada a lo largo del último ejercicio, calculada durante un periodo de doce meses. En caso de nueva vulneración de la misma obligación, podrá llegar este porcentaje al 5%. Dichas sumas son entregadas al Tesoro públicos, y tienen la consideración de créditos del Estado⁸⁹.

Para los grupos de aseguramiento, la cantidad máxima de la sanción pecuniaria se calculará según la cifra de negocio de las compañías de seguros que la forman, integradas globalmente en la consolidación, y cuyo total de primas emitidas a lo largo de último ejercicio, sean el más elevado. Como variable frente a lo expuesto, en el caso de las empresas de intermediación (corredurías de seguros), las sanciones económicas son idénticas salvo en la aplicación del porcentaje de cifra de negocio. Así, se aplicará el 3%, pero en caso que el resultado sea superior a 37.500.- euros, no se hará caso del mismo, y la sanción será de esta última cantidad como máximo.

Sin ser consideradas sanciones, sino meras medidas de policía o de ordenación, el Ministro de finanzas puede solicitar que se le comuniquen documentos de carácter contractual o publicitario que tengan como objeto los seguros o la capitalización de

⁸⁹ Otras disposiciones contenidas en esta parte del Código de Seguros, como en los art. L. 310-27 y siguientes, reenvían a sanciones penales. Así, de existir compañías de seguros extranjeras que actúen el territorio francés de manera no conforme a la legislación francesa (por ejemplo ofreciendo seguros directos sobre un riesgo en territorio francés sin estar regularmente establecidas en Francia), podrán ser objeto de una multa de carácter penal de 4.500.- euros tal y como dispone el art. L. 310-26 del Código de Seguros. Así mismo, una empresa extranjera no podrá realizar las operaciones contenidas en el anteriormente citado art. L. 310.1, ni operaciones de reaseguro, si no cumple con las disposiciones de su propia legislación nacional. De no cumplirlas se le podrá condenar a tres años de prisión y multa de 75.000.- euros; igualmente la publicación de la decisión (prevista en el art. 131-35 del Código penal) se podrá pronunciar como pena complementaria. El obstaculizar las investigaciones de la ACAM (no aportar la información solicitada o comunicar conscientemente datos inexactos), supone un pena de dos años de prisión y multa de 300.000.- euros. Del mismo modo, se aplicarán estas disposiciones a la personas jurídicas o físicas que haya controlado la ACAM y las hayan incumplido, o aun cuando hayan faltado a la verdad o hayan disimulado de manera fraudulenta documentos (art. L. 310-28 del Código de Seguros).

éstos. Si uno de estos documentos, fuese contrario a las disposiciones legales o reglamentarias, el Ministro podrá exigir se modifique o decida sobre su retirada, tras haber recabado el dictamen del Comité Consultivo del sector financiero. Si se encontrase ante una situación de urgencia, dicho dictamen podrá no ser solicitado.

Sea como sea, en todos los casos de sanciones previstas impuestas por la ACAM, éstas lo han de ser tras el conveniente procedimiento contradictorio⁹⁰, informando a los interesados de su derecho de audiencia. Destacar que cuando hacen uso de esta facultad, cabe la posibilidad de que los interesados opten por ser asistidos por un representante legal.

B) El procedimiento sancionador seguido ante la ACAM, un procedimiento en concreto

Las infracciones al Código de Seguros que puedan llevar aparejadas las sanciones expuestas, pueden constatarse de cualquier modo a través de las actas emitidas por los propios inspectores. Según el art. R. 310-13 del Código de Seguros precitado, las actas de estos agentes tendrán presunción de veracidad, presunción *juris tantum*, contra las que cabe prueba en contrario.

Según dispone el art. R. 310-14 del Código de seguros, de entre las acciones realizadas por los inspectores⁹¹, figuran la de verificar libros, registros, contratos, actas, documentos contables y demás documentos relativos a la situación de la empresa y a todas las operaciones que realiza. Comprueban cualquier operación de caja y de cartera. En aquellos casos en que se lleve a cabo una contabilidad mediante sistemas informatizados, aquéllos podrán realizar sur comprobaciones sobre el material empleado por la empresa. Estas empresas deberán en todo momento facilitar *in situ* o en los organismos en los que los funcionarios trabajen si así lo solicitasen, todos los documentos requeridos así como la comparecencia de las personas que consideren necesarias, pudiendo ser objeto en caso de no acceder, de sanciones penales.

Toda empresa que sea controlada por la ACAM, debe poner en conocimiento de ésta el nombre del auditor contratado (*commissaire aux comptes*) que debe pertenecer a una sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Además deberá facilitar el nombre de la persona responsable de dicha compañía auditora (socio, accionista o dirigente), debiendo informar de cualquier cambio posterior. De existir alguna objeción a la designación de dicho auditor, la ACAM dispondrá de un plazo de dos meses para

⁹⁰ La ACAM decide como no podía ser de otro modo, tras un procedimiento contradictorio, como recogen los art. L. 310-18 y L. 310-19 del Código de Seguros.

⁹¹ En los Departamentos de Ultra-Mar (DOM) y en los TOM de Nueva Caledonia, Polinesia Francesa, Saint-Pierre et Miquelon, Tierras australes y antárticas francesas y de Wallis-et-Futuna, el Ministro de Economía y Finanzas puede a título excepcional o permanente, delegar en un "contable superior del Tesoro en funciones" en uno de esos departamentos o territorios, las atribuciones de los comisarios-controladores del art. R. 310-13.

poner en conocimiento de la compañía de seguros su opinión sobre la propuesta de designación del auditor. El silencio en este caso es favorable. De existir objeciones, el auditor deberá poder manifestarse al respecto sobre su recusación⁹².

Según el art. R. 310-18 del Código de Seguros, cuando la ACAM, a instancia de su Secretario General y tras un informe de control que haya sido confeccionado por sus servicios, decida incoar el correspondiente procedimiento sancionador en el marco de los art. L. 310-18 y L. 310-18-1 del citado Código, la notificación de las infracciones se dirigirá mediante carta certificada con acuse de recibo, entregada en mano a la persona encausada, acompañada de su respectivo informe de control. La persona objeto del procedimiento, transmitirá sus observaciones por escrito al presidente de la ACAM en un plazo de quince días. Dicha comunicación, permite que la persona en cuestión puede solicitar cuantas copias e información sea necesaria, y solicitar asesoramiento legal.

Posteriormente, la persona interesada es convocada en un plazo máximo de ocho días, según el art. R. 310-18 del Código de Seguros. La audiencia en la que comparezca es pública en caso de que alguna de las personas interesadas así lo solicite. No obstante el Presidente de la ACAM podrá prohibir el acceso a la sala durante toda o parte de la audiencia, por razones de orden público o cuando la publicidad sea susceptible de vulnerar secretos protegidos por la ley. A lo largo de esta audiencia, un miembro de la ACAM designado por el Secretario General, a modo de ponente hará una presentación sobre el asunto. Los Comisarios de Gobierno, el Secretario General y otros miembros del servicio de la ACAM que participen, pueden presentar cuantas observaciones quieran.

La persona interesada presentará sus argumentos de defensa. El presidente podrá permitir la audiencia de toda persona cuya declaración sea considerada especialmente útil para el procedimiento. Dicha persona en la fase de audiencia del propio procedimiento tomará la palabra en último lugar. Cuando la ACAM considere que ha recibido suficiente información solicitará al Secretario General que prosiga con las diligencias. La ACAM resolverá exclusivamente en presencia de sus miembros, de entre los cuales uno hará las veces de secretario de la audiencia. Los Comisarios de Gobierno, el secretario general y otros miembros de los servicios de la ACAM no asistirán a las deliberaciones.

Finalmente, se levanta acta de la vista por el secretario de ésta. Dicho acta la firma el Presidente y la remite posteriormente a los miembros de la ACAM y a los Comi-

⁹² En estos casos, se informará a la compañía de seguros con acuse de recibo así como al auditor. Además una copia de esta notificación es enviada a la compañía regional de la que es miembro dicho auditor. Los directores de la compañía comunican a la comisión de control el órgano competente para designar a los auditores, la decisión sobre los mismos. Sobre las recusaciones con resultado desfavorable, decir que se pueden fundar en que el auditor no reúne todas las garantías de experiencia, de competencia o de independencia necesarias para el ejercicio de sus funciones, según sea la persona responsable de la misión o la naturaleza y características de la actividad de la empresa de seguros en concreto.

sarios de Gobierno o *Ponentes Públicos*. La resolución, firmada por el Presidente de la ACAM, se notifica posteriormente al interesado y se comunica a los *Ponentes públicos*. Eventualmente, la ACAM puede decidir si condenar en costas a la persona que se sanciona⁹³.

Según el art R.310-18-4, la ACAM está dispensada de comparecer con abogado ante la jurisdicción administrativa, tanto en la interposición de la demanda, como la defensa o la mera intervención. Los recursos e informes, cuando no se interpongan por la intermediación de un abogado, estarán firmados por el Presidente de dicha comisión en aplicación de las disposiciones del art. L. 310-12-1 del Código de Seguros: “El Presidente de la Autoridad de control tiene capacidad legal para representar a ésta ante cualquier jurisdicción⁹⁴”.

Por último, destacar que ante cualquier procedimiento sancionador, y según lo dispuesto en el art. L. 310.18 del Código de Seguros, la ACAM puede publicar su decisión en periódicos, publicaciones o cualquier soporte, entendemos informático o no, que designe. Los gastos de esta publicación serán de cuenta de la persona sancionada. Tras la resolución sancionadora, la personas sancionadas podrán en el plazo de dos meses tras la correspondiente notificación, interponer un recurso de plena jurisdicción ante el Consejo de Estado. Si bien antes mencionábamos el recurso por exceso de poder o de anulación de la decisión administrativa, en este caso no cabe interponer tal recurso sino únicamente solicitar la indemnización por los daños y perjuicios causados, a través de un recurso de plena jurisdicción⁹⁵.

Veamos a continuación el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito de las telecomunicaciones.

3. La potestad sancionadora en Francia en el sector de las Telecomunicaciones

El órgano regulador del sector de las telecomunicaciones fue creado mediante Ley en la reforma promulgada el 5 de enero de 1997⁹⁶. Pasó a denominarse *Autoridad de Regulación de las Comunicaciones electrónicas y de correos* –ARCEP–⁹⁷, tras la Ley n.º

93 La remuneración de las personas que hayan intervenido, en este caso de los “*huissiers de justice*”, una suerte de agentes públicos que notifican los procedimientos, se lleva a cabo según los art. R. 181 a R. 184 del Código de procedimiento penal (Ley enjuiciamiento Criminal). En el caso de que hayan tenido que intervenir estos agentes, deberán llevar a cabo todas las acciones necesarias para que la persona o operador objeto del procedimiento sea notificada. Dicho agente, actuará conforme a los art. 555 y 563 del Código de Procedimiento Penal.

94 En la versión original: “*Le président de l’Autorité de contrôle a qualité pour agir au nom de celle-ci devant toute juridiction*”.

95 *Recours de pleine juridiction*, también llamado *recours de plein contentieux*.

96 Denominada entonces Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones (*Autorité de régulation des télécommunications*) hasta el año 2005.

97 *Autorité de régulation des communications électroniques et des postes*.

2005-516, de 20 de mayo de 2005 sobre la regulación de las actividades postales, ante la liberalización de éstas por imperativo comunitario antes del 1.º de enero de 2011.

La ARCEP regula el sector de las comunicaciones electrónicas a través, entre otros, de la consulta que de ella hacen los poderes públicos franceses a la hora de presentar proyectos de ley, decretos o reglamentos atinentes a este sector⁹⁸.

El ámbito en el que actúa la ARCEP está formado por cinco grandes ramas del derecho de las telecomunicaciones: 1. los derechos y obligaciones de la explotación de diferentes tipos de redes y servicios; 2. las condiciones técnicas y financieras de acceso e interconexión e itinerancia local (*roaming*); 3. las condiciones de uso de las frecuencias y bandas de frecuencias (la gestión del espectro radioeléctrico); 4. las condiciones de establecimiento, explotación y aprovechamiento de las redes e infraestructuras; 5. la fijación de los puntos de término de las redes.

Todas las decisiones que sobre estas materias tome la ARCEP, tras la correspondiente convalidación del propio acto administrativo de que se trate por el Ministro de Comunicaciones electrónicas, será publicadas en el boletín oficial del Estado francés, el *Journal Officiel*.

De entre las numerosas funciones desempeñadas por la ARCEP y que están contenidas en el art. L. 36-7 del Código de Correos y Telecomunicaciones (por ejemplo, la designación de organismos que evalúen los equipos técnicos empleados por los operadores; la asignación a operadores y usuarios de las frecuencias necesarias para la realización de su actividad, etc.) la más relevante para el estudio que estamos llevando a cabo es aquella relativa a controlar el respeto por parte de los operadores de las obligaciones legales y reglamentarias del *Código de Correos y Telecomunicaciones* (CCT), del Reglamento (CE) n.º 717/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2007 sobre itinerancia en redes públicas de telefonía móvil dentro de la Comunidad y que modifica la Directiva 2002/21/CE, y de las autorizaciones concedidas a dichos operadores.

En caso de incumplimiento, sancionará la ARCEP en aplicación de los artículos L. 36-10 y L. 36-11 del Código de Correos y de Telecomunicaciones (CCT).

Procedimiento y sanciones administrativas en el sector de las Telecomunicaciones

Ya sea de oficio o a instancia de parte⁹⁹, la ARCEP podrá sancionar los incumplimientos de los operadores de redes o proveedores de servicios de comunicaciones

⁹⁸ Cuenta además la ARCEP con un papel de representación de la posición que pueda tener Francia en negociaciones internacionales en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, así como ante organizaciones internacionales competentes en esta materia. Ver en este sentido el art. L. 36-5 del Código de Correos y de las Comunicaciones Electrónicas (*Code des postes et des communications électroniques*).

⁹⁹ Tiene la consideración de parte según el art. L. 36-11 CCT: el Ministro de Comunicaciones electrónicas, una organización profesional, una asociación de usuarios, o una persona física o jurídica legítimamente interesada.

electrónicas a las leyes y reglamentos aplicables al sector. El poder sancionador por parte de este organismo se concreta a través de varias situaciones:

Por un lado, el Director de la ARCEP requerirá al operador en cuestión (a través de la figura ya expuesta de la *mise en demeure*) para que en un plazo de tiempo determinado, cumpla con sus obligaciones, ya sea en un sólo acto o de manera escalonada mediante el cumplimiento de hitos o fases intermedias. Este plazo de tiempo fijado no podrá ser inferior a un mes, salvo en casos de infracciones graves y de carácter reiterado, o en caso de existir anuencia del operador para un plazo más corto. La infracciones que haya podido cometer el operador pueden ser infracciones a disposiciones del CCT o al precitado Reglamento comunitario sobre itinerancia de telefonía móvil, o bien a las condiciones de asignación de frecuencias previstas por la ARCEP en realización de sus funciones.

Por otro lado, en caso de que el operador haga caso omiso del requerimiento realizado en el plazo fijado por la ARCEP¹⁰⁰, las sanciones que se puedan imponer lo serán en función de la gravedad del incumplimiento y si es susceptible de sanción penal. Las decisiones arbitrales adoptadas por la ARCEP sobre la base del art. L. 36-8 CCT, tienen la consideración de actos administrativos de carácter ejecutivo, por lo que en caso de incumplimiento llevan aparejada la sanción contemplada en su caso.

En función de la gravedad del incumplimiento, la sanción dictada puede consistir en la suspensión total o parcial del derecho a establecer una red de comunicaciones electrónicas o de proveer servicios de dichas comunicaciones, sanción que durará como máximo un mes, o incluso la retirada de este derecho, durante un límite de tres años.

Igualmente, la sanción podrá consistir en función de la gravedad del incumplimiento, en la suspensión total o parcial, como máximo durante un mes, o bien en la reducción de la duración del disfrute del derecho durante un año, o en la retirada de la decisión de atribuir o asignar bandas de frecuencia radioeléctrica. La ARCEP puede incluso retirar los derechos de uso sobre una parte de la zona geográfica en cuestión, una parte de las frecuencias o bandas de frecuencia, prefijos, números o grupos de números asignados o atribuidos, o sobre parte del tiempo que queda disponible.

Fuera de estas sanciones de retirada de autorizaciones concedidas a los operadores, en caso de que la infracción no sea constitutiva de una infracción penal, se

¹⁰⁰ El incumplimiento aquí puede ser de tres tipos: 1. Incumplimiento a la decisión tomada por la ARCEP en realización de su actividad arbitral para dirimir el diferendo que existe entre dos operadores, y de la cual emanará una decisión motivada, pronunciada en condiciones de equidad, tanto de orden técnico como financiero, que determine la forma de realizar la interconexión y el acceso. La ARCEP podrá en su caso adoptar medidas cautelares (*mesures conservatoires*) que garanticen la continuidad del servicio (art. L. 36-8 CCT); 2. Incumplimiento o no acatamiento del requerimiento (*mise en demeure*) realizado; 3. Incumplimiento de cualquier obligación legal o reglamentaria prevista del tipo que sea.

podrá imponer una sanción de carácter económico. El legislador francés ha querido regular esta materia de manera sorprendentemente concreta, para evitar la vulneración del principio de *non bis in idem* en lo relativo a un doble pago que pudiera realizar el operador: “*une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler à une sanction pénale*”, es decir que no podrá haber acumulación de sanciones de carácter económico y de tipo penal. La intención de la existencia de una disposición tan específica trae consecuencia de la Decisión del Consejo Constitucional francés de 8 de marzo de 2000¹⁰¹ por la que se rechazó la solicitud de sanción, precisamente porque existían ya sanciones penales previstas para esa infracción: como era el operar en el mercado sin las autorizaciones previas necesarias. Desde el momento que la protección “externa” de las disposiciones del CCT venía garantizada por tales dispositivos penales, no es competencia de la ARCEP hacer uso de su potestad sancionadora “interna” en el sector de las telecomunicaciones¹⁰².

Estas sanciones económicas se impondrán de manera proporcionada, en estricto respeto del Principio de proporcionalidad de la sanción, a la gravedad del incumplimiento y a las ventajas que el operador hubiere podido obtener. La cuantía no podrá ser superior al 3% de la cifra de negocio fuera de impuestos del último ejercicio, pudiendo ser de un 5% en caso de un nuevo incumplimiento de la misma obligación. En caso de que la ARCEP no pueda determinar estos porcentajes la sanción económica no podrá ser superior a 150.000.– euros, pudiendo alcanzar 375.000.– euros, en caso de reincidencia.

En caso de que el incumplimiento sea por no haber cumplido con el requerimiento de proveer de cobertura de red a un ámbito de la población, teniendo para ello asignado el uso de frecuencias, la sanción económica será impuesta en proporción a la gravedad evaluada en función del número de habitantes o de kilómetros cuadrados no cubiertos, sin que se pueda exceder un límite de 65.– euros por habitante no cubierto, o de 1.500.– euros por kilómetro cuadrado no cubierto. En caso de no haber abierto una zona, la multa podrá ser de 40.000.– euros.

Dentro del procedimiento, la persona será sancionada después de haber sido notificada del incumplimiento y los perjuicios causados, de haber podido consultar el expediente administrativo, y en su caso los datos, investigaciones y pruebas periciales llevadas a cabo por la ARCEP. Además en respeto del principio contradictorio, el interesado habrá tenido que poder exponer sus observaciones escritas o de manera verbal. La posibilidad de que la autoridad reguladora tome medidas cautelares incluso sin requerimiento previo, puede darse en aquellos casos de incumplimiento grave

101 Consejo Constitucional, Decisión n.º 00-200 DC de 8 de marzo de 2000, por la que se rechaza la solicitud de la *Société Informatique et Télématique*, para que se pronuncie una sanción contra la sociedad XTS Network. Las decisiones de la ARCEP, se pueden consultar en la página web www.arcep.fr.

102 Ivan Luben, *Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications*, AJDA 2001, 20 octobre 2001 spécial, p. 123.

e inminente de la legislación vigente. Estas medidas podrán ser confirmadas tras el trámite de audiencia del operador.

Del análisis de todas las sanciones que puede la ARCEP dictar, podemos comprobar que el margen de la potestad discrecional de este órgano regulador es amplio, en cuanto a la posibilidad o no de decidir como instruir un determinado procedimiento iniciado por alguna de las partes que citábamos anteriormente. Este margen de apreciación es comparable con el principio de oportunidad que puede libremente apreciar el Ministerio fiscal en la calificación de un delito o falta tipificada penalmente¹⁰³. Este margen de apreciación se puede efectivamente comprobar en la amplia capacidad de maniobra que en la mayor parte de las sanciones, tiene la ARCEP, tal vez por querer dotar de una mayor flexibilidad a un mercado tan cambiante, tratando de adaptarse al máximo a la coyuntura de éste, siempre dentro del estricto respeto del Principio de proporcionalidad.

Las garantías procedimentales a los operadores de telecomunicaciones han salido reforzadas con las distintas leyes que se han ido aprobando en el sector. Las distintas reformas a las que se ha visto sometido el art. L. 36-11 son buena prueba de ello, tanto en la prescripción de la posible imposición de la sanción, como en los derechos de defensa (motivación de la decisión, notificación, posibilidad de consulta del expediente administrativo, presentar observaciones de manera oral o escrita). En cuanto a la prescripción de las sanciones administrativas esta es de tres años desde su comisión, no pudiendo la ARCEP pronunciarse sobre ellas, a menos que se haya iniciado previamente la instrucción del procedimiento y propuesto sanción¹⁰⁴. Del mismo modo, las decisiones de la ARCEP, como se ha mencionado previamente, habrán de ser motivadas, fehacientemente notificadas al interesado y publicadas en el Diario oficial francés (*Journal Officiel*).

Las decisiones de la ARCEP podrán ser objeto de un recurso de plena jurisdicción o indemnizatorio, como veíamos con las decisiones de la Autoridad del sector de los seguros (ACAM). A modo de Derecho comparado, la reclamación previa en un procedimiento de responsabilidad patrimonial en España, equivaldría al procedimiento administrativo expuesto ante la ARCEP, dando paso, una vez finalizada la vía administrativa, al posterior recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional español¹⁰⁵.

103 Consejo de Estado, Ass, 7 de mayo de 1971, *Ministère de l'Economie et des Finances et ville de Bordeaux c/ Sastre*, Recueil Lebon, p. 324. Las conclusiones de Michel Gentot declaran que "La Administración no está obligada a utilizar todos los medios a su alcance para poner a toda costa un término a las infracciones de las que son culpables los ciudadanos".

104 Ivan Luben, *Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications*, op. cit., p. 124.

105 En Francia daría paso al recurso de plena jurisdicción (que no puede buscar en sí la anulación de la resolución o acto administrativo), buscando exclusivamente la indemnización por una eventual responsabilidad del Estado en el sector las Comunicaciones electrónicas.

Pero no todo podían ser garantías para el Administrado, o en todo caso de manera permanente. Si bien con anterioridad a la *Ordonnance* de 25 de julio de 2001, el régimen de control jurisdiccional de las decisiones sobre sanciones era especialmente protector de los derechos del interesado, por cuanto las solicitudes de suspensión de los actos administrativos (la figura llamada *sursis à exécution*) eran *per se* suspensivas cuando eran referentes a sanciones de tipo económico, ya no es así. Desde entonces, podrá en todo caso pronunciarse en este sentido el “*Juge des référés*”, una suerte de “*juez de urgencias*”. Este papel es desempeñado por el Presidente de la sección contenciosa del Consejo de Estado como magistrado que dispone la toma de medidas cautelares por el carácter de urgencia ante un determinado incumplimiento. Así, se adoptan tales medidas para evitar que pueda crearse un perjuicio grave a un operador o al conjunto del mercado; medidas de suspensión de la decisión en virtud del art. L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa. A este “*juez de urgencia*”, puede acudir el Presidente de la ARCEP para solicitarle ordene al responsable que se ciña a las normas y decisiones aplicables con el fin de que cese en el incumplimiento. El juez puede incluso de oficio, dictar las precitadas medidas cautelares o incluso exigir el pago de una multa (*astreinte*) que aumente de manera directamente proporcional a la duración del incumplimiento, y que como veíamos es diferente por tanto de una multa de cuantía determinada y cerrada.

III. CONCLUSIONES

Según el Consejo Constitucional, las sanciones administrativas son “sanciones con características punitivas” y se distinguen precisamente de otro tipo de medidas por su carácter represivo. Así, las medidas de policía administrativa no tienen como objeto imponer un castigo sino prevenir o evitar conductas no conformes a derecho.

Actualmente persiste en el panorama legislativo francés una cierta dificultad a la hora de calificar las sanciones administrativas, por su proximidad con otras situaciones que pueden presentarse. No es siempre sencillo demarcar la frontera entre las precitadas medidas de policía, las sanciones disciplinarias (impuestas por la calidad de la persona) o las sanciones penales.

Así las cosas, para el Consejo de Estado francés, la sanción consiste en una medida represiva impuesta por el incumplimiento de una obligación definida por una ley o por un reglamento. Con todo persisten, a pesar de lo mencionado en la jurisprudencia estudiada, las dificultades ligadas a textos de redacción demasiado general, que crean incertidumbre sobre si efectivamente la obligación pesa o no sobre el administrado.

Símbolo de las prerrogativas del poder público, las sanciones administrativas se han desarrollado durante los últimos años en varios ámbitos de la economía y de la

sociedad (la salud), así como en sectores en los que se ha visto necesario controlar y vigilar la actividad de sus operadores (seguros o telecomunicaciones).

La sabiduría del Consejo Constitucional en su cambio de parecer ha sido notable: comenzó cuestionándose la constitucionalidad del poder de sanción administrativa¹⁰⁶ para admitirla posteriormente en casos puntuales so pretexto de la relación especial que unía la persona sancionada titular de la autorización administrativa con la propia Administración¹⁰⁷. Poco tiempo después, defendería que las sanciones administrativas pueden imponerse a personas sin vínculos preexistentes con la Administración, por ejemplo contra aquellas empresas que realizasen prácticas contrarias a la libre competencia¹⁰⁸.

Dicha Institución, coincide en destacar que la constitucionalidad de las sanciones ha de controlarse con cierta frecuencia, debiendo garantizar que las mismas están previstas en un texto (que no ha de ser siempre y necesariamente una ley¹⁰⁹). Por la importante influencia que las sanciones disciplinarias y penales han ejercido sobre las sanciones administrativas en sentido estricto, éstas quedan igualmente sujetas al Principio de legalidad de las penas, en virtud de lo establecido por el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹¹⁰.

Tradicionalmente la competencia para dictar sanciones administrativas recaía en manos de autoridades administrativas clásicas como los ministros o los prefectos. De manera más reciente, cada vez con más asiduidad, entes públicos como las llamadas Autoridades Administrativas Independientes (A.A.I.). son competentes para poder pronunciarlas. En ambos casos, unas y otras siguen, como no podía ser de otro modo, vinculadas al respeto del procedimiento contradictorio y de los derechos de defensa, salvo en casos de urgencia verdaderamente excepcionales. Del respeto de aquél procedimiento se ha hecho incluso eco el Tribunal de Estrasburgo en base a la Doctrina de las apariencias, obligando a aquél a respetar lo dispuesto por el art. 6.1 del CEDH

106 Decisión n.º 84-181 DC de 11 de octubre de 1984 sobre la *Ley de limitación de la concentración y de garantía de la transparencia financiera y del pluralismo de empresas de prensa (Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse)* en concreto: “La creación de una comisión que el art. 16 califica de “autoridad administrativa independiente” es contraria al principio de separación de poderes por el hecho que las atribuciones de la comisión se entrometerían en el ámbito reservado a la autoridad judicial” (...) “los autores (...) sostienen que las disposiciones confieren a la comisión poderes de naturaleza jurisdiccional en desconocimiento del principio de separación de poderes y del art. 66 de la Constitución”. En versión original: « (...) l’institution d’une commission que l’article 16 qualifie d’« autorité administrative indépendante » est contraire au principe de séparation des pouvoirs du fait que les attributions de la commission empièteraient sur le domaine réservé à l’autorité judiciaire. » « Les auteurs (...) soutiennent que ces dispositions confèrent à la commission des pouvoirs de nature juridictionnelle en méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs et de l’article 66 de la Constitution »

107 Decisión de n.º 88-248 DC de 17 de enero de 1989 sobre la libertad de comunicación y el *Conseil Supérieur de l’Audiovisuel*, precitada.

108 Decisión n.º 89-260 DC de 28 de julio de 1989, precitada.

109 Sentencia del Consejo de Estado, Ass., 7 de julio de 2004, *Ministre de l’Intérieur c/ Benkerrou*.

110 Decisión n.º 88-248 DC de 17 de enero de 1989, precitada.

Huelga decir que las decisiones sobre las sanciones administrativas impuestas deberán estar convenientemente motivadas y ser proporcionadas a la infracción que se pretende reprimir.

La competencia jurisdiccional sobre la materia de las sanciones administrativas por el juez de lo contencioso-administrativo es innegable. Dicho enjuiciamiento consiste cada vez más en un contencioso de plena jurisdicción (indemnizatorio), que no ha supuesto un obstáculo para que los jueces administrativos puedan controlar la legalidad de estas decisiones con mayor o menor intensidad.

La sanción administrativa en comparación con la sanción penal, cuenta con una mayor aceptación, un mayor índice de eficacia y es además menos traumática. Las autoridades administrativas que las imponen son de costumbre más conscientes de las normas técnicas que se aplican a un determinado mercado; son por añadidura imponibles a personas jurídicas. Todos estos aspectos “despenalizan” a la sociedad civil, evitan una mayor saturación de los tribunales, y son las razones de la notable proliferación de las mismas durante estos últimos años.

Como reflexión sobre la potestad sancionadora en el Estado francés, además de la difícil tarea de calificar la sanción antes mencionada, queda la problemática intromisión que parece realizar la Administración en un terreno que parece pertenecerle al juez. De seguir en esta dirección, deben más que nunca si cabe reforzarse los derechos de defensa, algo maltrechos en la fase administrativa. Ante estas circunstancias de aparente enjuiciamiento, la legitimidad de unas decisiones tan próximas de lo judicial tomadas por la Administración, pero sin respetar las garantías de defensa de este tipo de procesos, quedaría en entredicho. ¿No quedaría reducida la eficacia de la sanción, cuando quien toma la decisión de imponerla es una autoridad administrativa que debe seguir las reglas y principios aplicables a las sanciones penales?

Una reflexión se impone ya que, o bien mantenemos la doctrina clásica de las potestades públicas sin duda con ciertas matizaciones, o bien vemos en la labor administrativa sancionadora una cierta apariencia de jurisdicción, pero que invita a hacer menos intenso el ejercicio de potestades puramente administrativas, en virtud de una mayor protección de los derechos de los Administrados.

Sin duda, la búsqueda del equilibrio entre el respeto de los derechos de los administrados y las ventajas de la represión administrativa, cuyas características son la sencillez, la rapidez, la eficacia y el realismo, es la clave del éxito en el ejercicio de la potestad sancionadora, debiendo los jueces velar siempre porque se garanticen y respeten los principios recogidos en las Constituciones y en los Convenios o Tratados.