

Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes institucionales y corporativos¹

Anabelén Casares Marcos²

Sumario: I. LA DIFÍCIL UNIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. II. EL FRACCIONAMIENTO DE LA TITULARIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA. 1. La incidencia del reparto competencial Estado-Comunidades Autónomas sobre la potestad administrativa sancionadora. 2. La parcelación subjetiva de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. III. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LOS ENTES INSTITUCIONALES. 1. Tipología y titularidad institucional de la potestad administrativa sancionadora. A) *Organismos autónomos y entidades públicas empresariales*. B) *Agencias estatales*. C) *Sociedades mercantiles estatales*. D) *Fundaciones*. E) *Administraciones independientes*. 2. Fundamento y justificación de la potestad sancionadora de los entes institucionales. A) *La relación especial de sujeción*. B) *El ordenamiento sectorial*. C) *Conclusión*. IV. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA. 1. La compleja diversidad de las corporaciones de derecho público. 2. En particular, los colegios profesionales. A) *El colegio profesional en la Constitución de 1978*. B) *La potestad normativa del colegio profesional*. C) *El ejercicio de la potestad sancionadora por el colegio profesional*. V. REFLEXIÓN FINAL.

I. LA DIFÍCIL UNIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El ejercicio de la potestad administrativa sancionadora se encuentra ayuno en nuestro ordenamiento jurídico de una Ley básica estatal que establezca, con carácter general, aquella regulación mínima considerada adecuada y común a todas las Administraciones públicas titulares de esta potestad³.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación SEJ 2007-62586 del Ministerio de Educación y Ciencia.

² Profesora contratada Dra. de Derecho Administrativo (acreditada como Profesora Titular de Universidad). Universidad de León.

³ Salvando lo dispuesto, a estos efectos, por el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que de-

El Tribunal Constitucional ha encontrado en el artículo 25 del texto constitucional, el fundamento adecuado para sancionar una continuidad sin fisuras con la línea jurisprudencial preconstitucional inaugurada por el Tribunal Supremo⁴, si bien desde un nuevo enfoque, el de la sumisión de la potestad administrativa sancionadora a los principios y garantías, tanto materiales como formales, proclamados ahora constitucionalmente⁵. Y así, sostiene desde fechas tempranas, en su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, que “ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales”, si bien con los límites materiales y formales que contribuyen a distinguir y delimitar estos ámbitos⁶.

Profundiza en esta doctrina la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, en la que se legitima, de forma contundente, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, con sujeción, no obstante, a unos límites y principios precisos a fin de garantizar los derechos de los ciudadanos.

Esta doctrina sirve de punto de partida y, por tanto, de apoyo indiscutible, para la extensión al ámbito sancionador administrativo de las garantías y cautelas alumbradas con anterioridad en relación a la imposición de sanciones penales⁷.

Ahora bien, el traslado de estas garantías al ámbito administrativista desde el Derecho penal exige ciertas matizaciones. Los caracteres y particularidades propias de la potestad sancionatoria de las Administraciones públicas implican ciertas modulaciones en la extensión de los principios penales al ámbito concreto de las infraccio-

sarrolla aquellos principios esenciales aplicables al ejercicio de la potestad sancionadora y a la tramitación del procedimiento sancionador.

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

5 En este sentido, Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 28.

6 Fundamento jurídico 2.

7 Fundamentos jurídicos 3 y 4. La labor jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, ha contribuido a depurar, concretar y ampliar este catálogo inicial de garantías. El tema excede, como se comprende, de los límites de esta exposición, por lo que me remito a los trabajos en este mismo volumen de los profes. Menéndez Sebastián, Cueto Pérez, Junceda Moreno, Tolivar Alas y López Menudo, así como a la doctrina por ellos citada. Vid. también, entre otros, Alarcón Sotomayor, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, 2007; y, Gallardo Castillo, M.ª J., *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Lustel, 2008.

nes y sanciones administrativas. Así lo advierte la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981 al afirmar la aplicación “con ciertos matices” de los principios inspiradores del orden penal al Derecho administrativo sancionador⁸. Y es que “los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución”. Las diferencias entre el orden penal y el ámbito administrativo sancionador no conducen, por tanto, a “una aplicación literal” de los principios del primero al segundo, “sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”⁹.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC), representa, en este sentido, un primer y tímido intento de desarrollo del artículo 25 de la Constitución desde la perspectiva del Derecho administrativo sancionador. Su Título IX, relativo a la potestad sancionadora, asume, en buena medida, la doctrina jurisprudencial desgranada en esta materia desde los años cincuenta, y en especial setenta, por el Tribunal Supremo, sancionada, asimismo, y desarrollada posteriormente por el Tribunal Constitucional a la luz de nuestra Carta Magna, incorporando a una norma con rango de ley aquellos principios esenciales que, a modo de contrafuertes, han de servir como cautelas y garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos ante la apertura del procedimiento para la imposición de una sanción por una Administración pública.

Los artículos 127 y siguientes de la Ley se articulan así en dos Capítulos, el primero de ellos relativo a los principios de la potestad sancionadora, concretamente, los de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad o culpabilidad, proporcionalidad, prescripción y *non bis in idem*; el segundo, en cambio, sobre los principios del procedimiento sancionador, destacando aquí la garantía de procedimiento, los derechos del presunto responsable, la regulación de las medidas de carácter provisional, la presunción de inocencia y los requisitos que habrá de reunir la resolución sancionadora final.

El legislador se limita, por tanto, a dotar de rango legal y desarrollar el contenido del “ramillete de principios” sancionado por la construcción jurisprudencial y doctrinal sobre la potestad administrativa sancionadora¹⁰, dedicando a esta cuestión doce artículos. Se trata de una regulación claramente insuficiente y un tanto confusa, más

8 Matices que, en expresión de García de Enterría, E., “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional”, *REDA*, 29, abril-junio 1981, “permiten adaptaciones funcionales, no derogaciones substanciales”.

9 Fundamento jurídico 2.

10 En expresión de Mestre Delgado, J. F., “Sanciones administrativas”, en Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005, T. I, pág. 2331, quien subraya además su “acomodo o respaldo” en el texto constitucional, ya sea “directamente o mediante operaciones interpretativas”.

aún considerando el reparto territorial de competencias que establece al efecto nuestra Constitución y la posibilidad, materializada ya en alguna Comunidad Autónoma, de que se proceda a aprobar legislación autonómica de desarrollo en la materia¹¹.

Nieto se ha mostrado especialmente crítico, en este sentido, ante lo que califica como un uso de tales principios generales “en términos que rozan con lo abusivo”. Ante el “rigorismo” y la “congelación extremada” a que aboca sin remedio esta jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha procurado una solución que, sin desvirtuar su doctrina inicial sobre la aplicación de los principios del artículo 25 de la Constitución al ámbito del Derecho administrativo sancionador, permita, no obstante, su evolución, desarrollo y adaptación. El remedio, de origen asimismo jurisprudencial, se ha construido sobre la fórmula de las “matizaciones, modulaciones y flexibilizaciones” de los principios en su aplicación a la realidad administrativa, dando lugar así a unos principios calificados en última instancia por el autor de “blandos o rebajados”, por su distanciamiento deliberado “de la dureza característica de su formulación inicial”¹².

Poco añade, en este sentido, el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante REPEPOS), tanto por su rango como, en particular, por su ámbito de aplicación. En efecto, su rango reglamentario implica la posibilidad de su desplazamiento o de la introducción de matizaciones y modulaciones en el procedimiento que regula por aquellas normas de rango legal que establecen el régimen sancionador aplicable a la materia correspondiente. Así lo reconoce expresamente su artículo 1.1 al disponer que “la potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en este Reglamento, en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas”.

No sólo eso, el Reglamento de 1993 tiene, además, un ámbito de vigencia necesariamente limitado, por cuanto está llamado a ser aplicado, conforme al párrafo primero de su artículo 1, por la Administración General del Estado, “respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia exclusiva”, y por la Administración de las Comunidades Autónomas y corporaciones locales, “respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena”. El propio Preámbulo del Reglamento reconoce que “los tres niveles administrativos tienen competencia para establecer sus propios procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora, sin perjuicio de la supletoriedad de este Reglamento prevista en el artículo 149.3 de la Constitución respecto de las Comunidades Autónomas; por lo que respecta a las Entidades Locales, el Reglamento se aplicará directa o supletoriamente según resulte de las normas estatales, autonómicas o locales dictadas al amparo de las reglas de distribución de competencias expresadas en el bloque de la constitucionalidad”.

11 Así, la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco.

12 Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 2005, 4ª ed., págs. 42 y ss.

De ahí la dificultad de que se pueda hablar en nuestro ordenamiento jurídico de una cierta unidad del Derecho administrativo sancionador, una rama que, a diferencia de otros ordenamientos comparados, carece de una regulación básica mínimamente exhaustiva y completa, y en la que el único Reglamento de desarrollo en materia procedimental resulta ser de aplicación subsidiaria a buena parte de los expedientes sancionadores sustanciados en el ámbito autonómico y local¹³.

Por si fuera poco, tanto el legislador, estatal o autonómico, como, en particular, la jurisprudencia, tienden a complicar aún más la situación con la regulación imparable y el reconocimiento de múltiples excepciones, matizaciones y graduaciones en el seno de cada una de las legislaciones sectoriales que se aprueban y en las que se establece un régimen sancionador con caracteres y principios propios, con planteamientos divergentes y, en ocasiones, abiertamente contradictorios, consecuencia de la ausencia de unas pautas generales, básicas, que garanticen, en última instancia, la imbricación armoniosa de todas estas regulaciones sectoriales en un sistema general coherente, de rasgos mínimos comunes y de filosofía, en fin, unitaria¹⁴.

No cabe sino concluir, en consecuencia, la imposibilidad de reducir a unos mínimos comunes el Derecho administrativo sancionador, rasgo más acentuado aún, si cabe, en aquellos supuestos en que la titularidad de la potestad sancionadora recae sobre entes corporativos e institucionales.

II. EL FRACCIONAMIENTO DE LA TITULARIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA

El artículo 127.1 de la LRJAP y PAC reconoce la titularidad de la potestad sancionatoria a las “Administraciones públicas”, condicionando su ejercicio a su reconocimiento previo y expreso “por una norma con rango de Ley”. Su párrafo segundo la amplía, además, a los “órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario”, dando entrada así a su ejercicio por otras entidades de Derecho público diversas.

A tenor del artículo 2.1 son, en cualquier caso, Administraciones públicas “a los efectos de esta Ley” la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración local. Una consideración que extiende, asimismo, en su segundo apartado, a “las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera” de las anteriores, quedando sujeta su actividad a la Ley 30/1992 “cuando

¹³ Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 187, denuncia, en este sentido, la dislocación del Derecho administrativo sancionador “por fracturas que le atraviesan en todas direcciones y niveles sin orden ni concierto”.

¹⁴ Una vez más se hace necesario citar a Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 188, que habla al respecto de “taifas legales” en cada materia.

ejerzan potestades administrativas”, entre ellas, señaladamente, la sancionadora, y a lo que dispongan sus normas de creación respecto al resto de su actividad. A todo ello habría que sumar, como es lógico, el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la propia Unión Europea, al amparo de lo dispuesto por el ordenamiento comunitario¹⁵.

El resultado de esta amalgama o, quizá mejor, mera yuxtaposición de entes titulares de la potestad sancionadora aboca al intérprete a una difícil, prácticamente imposible, tarea de interpretación de sistemas diversos, por cuanto Unión Europea, Estado, Comunidades Autónomas, corporaciones locales, establecen sus propias normas en materia sancionadora, actúan con organizaciones independientes y con sujeción a procedimientos distintos, de manera que “no se sabe hasta qué punto puede hablarse de un Derecho administrativo sancionador a secas o de tantos Derechos administrativos sancionadores como titulares de la potestad”¹⁶.

No en vano, cabe apreciar una doble fragmentación del Derecho administrativo sancionador. De un lado, la estrictamente material o sectorial, dependiente, en definitiva, del régimen jurídico concreto instaurado en cada materia por el legislador estatal o autonómico, en función del reparto competencial sancionado al respecto por el texto constitucional; y, de otro lado, la fragmentación o diversidad de régimen subjetivo, en función del órgano o ente concreto titular de la potestad sancionatoria a ejercitar en un supuesto concreto y de la aplicabilidad al mismo, en definitiva, del régimen general que establecen al respecto la LRJAP y PAC y el REPEPOS o, por el contrario, de procedimientos diversos contenidos en otras normas de creación y regulación del ente, ya sean legales, reglamentarias o estatutarias diversas¹⁷. La combinación de ambas vertientes es reveladora no sólo de la problemática unidad de esta rama del Derecho, sino de su cada vez más acelerada y seguramente imparable disgregación¹⁸.

1. La incidencia del reparto competencial Estado-Comunidades Autónomas sobre la potestad administrativa sancionadora

El artículo 148 de la Constitución se hace eco, en su párrafo primero, de las materias sobre las que “podrán asumir competencias” las Comunidades Autónomas, sin

15 Ámbito alejado del objeto de este estudio y sobre el que puede verse, en este mismo volumen, el trabajo de López Benítez.

16 Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 187.

17 A lo que Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 187, añade “una segunda fragmentación subjetiva desde el lado de los sujetos responsables” que justificaría la existencia de un “Derecho –aproximado al Derecho privado en cuanto que en él median obligaciones sinalagmáticas, cuando no contratos– de concesionarios de servicios, de beneficiarios de subvenciones, de usuarios de dominio público y tantos otros”.

18 En expresión, asimismo, de Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 187.

que figure en su texto pronunciamiento alguno que aluda de forma directa al Derecho administrativo sancionador. Recoge, no obstante, a lo largo de sus veintidós apartados, referencias variadas a ámbitos sectoriales diversos, títulos invocados en su momento desde el ámbito autonómico para asumir competencias sobre el régimen jurídico sancionador correspondiente a esas materias.

Tampoco el artículo 149 menciona, en su párrafo primero, al Derecho administrativo sancionador entre las materias sobre las que tiene el Estado competencia exclusiva¹⁹. Parece, por tanto, que entraría en juego, en un principio, la cláusula del párrafo tercero de este mismo precepto, conforme al que “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”, quedando en manos del Estado “la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía”²⁰.

Ahora bien, es necesario tomar en consideración que el artículo 149 sí atribuye al Estado, de modo más genérico, en su apartado 18, la competencia exclusiva, entre otras, sobre “las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; [y] el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”, por lo que, a raíz de su estrecha relación, cualquier competencia asumida por las Comunidades Autónomas respecto al régimen sancionador aplicable en un ámbito sectorial concreto perteneciente a su ámbito competencial tendrá que partir necesariamente del respeto a las facultades que corresponden al Estado en la materia.

El Tribunal Constitucional matiza, además, respecto a la potestad sancionadora, que “no constituye un título competencial autónomo”²¹, por lo que “las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones

19 Vid., sobre el significado de las competencias exclusivas recogidas en el artículo 149, García de Enterría, E., “La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución”, *REDA*, 33, 1982, págs. 277 y ss. Del mismo autor, “La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico”, *REDC*, 5, 1982, págs. 63 y ss.

20 AJA, E., Carrillo, M. y Alberti, E., *Manual de jurisprudencia constitucional*, Civitas, 1990, pág. 482, destacan, ante el carácter complejo de las acciones públicas que se proyectan e inciden sobre campos diversos, la dificultad de identificar criterios generales en la amplísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sumamente casuística, para la subsunción de una determinada actuación en un concreto título competencial. Una dificultad agravada, además, como subraya Tornos Mas, J., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: problemas de articulación”, en Martín-Rebollo, L. (dir.), *El futuro de las autonomías territoriales. Comunidades Autónomas: balance y perspectivas*, Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, 1991, pág. 50, por la disfuncionalidad a que podría llevar nuestro sistema constitucional al delimitar negativamente cada Estatuto la propia competencia que permanece en la esfera del poder central.

21 Sentencia del Tribunal Constitucional 156/1995, de 26 de octubre, fundamento jurídico 7.

se acomoden a las garantías dispuestas en este ámbito del Derecho sancionador (artículo 25.1 de la Constitución, básicamente), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (artículo 149.1.1)²².

De esta forma, la legislación autonómica aprobada sobre aquellas materias que resulten ser de su competencia estará condicionada, desde una perspectiva meramente sancionadora, por un triple límite. De un lado, por lo que se refiere a los aspectos materiales del régimen jurídico sancionador correspondiente, por los principios generales que se desprenden para la potestad sancionadora de las Administraciones públicas del enunciado del artículo 25.1 de la Constitución y de la extensión al ámbito administrativo, con las matizaciones y modulaciones correspondientes, de los principios generales aplicables a las sanciones penales; de otro, en lo exclusivamente procedimental, por la competencia estatal exclusiva ex artículo 149.1.18 de la Constitución para fijar el procedimiento administrativo común; y, en última instancia, por la garantía que se desprende para los ciudadanos del artículo 149.1.1 de la Constitución para el ejercicio de los derechos constitucionales en condiciones básicas de igualdad.

El Tribunal Constitucional sostiene, en este sentido, que “el Derecho administrativo sancionador creado por las Comunidades Autónomas puede implicar, sin duda, una afectación al ámbito de los derechos fundamentales, pues la previsión de ilícitos administrativos supone siempre una delimitación negativa del ámbito de libre ejercicio del derecho. Tal afectación no implica (Sentencia de 16 de noviembre de 1981, fundamento jurídico 2) que toda regulación en este extremo sea de exclusiva competencia del Estado. Sin duda que la norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1 de la Constitución, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio. Y también es cierto que el procedimiento sancionador habrá de atenerse al “administrativo común”, cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18 de la Constitución). Pero, dentro de estos límites y condiciones, las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones –en el marco ya señalado-, porque esta posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales”²³.

22 Doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1985, de 16 de julio, fundamento jurídico 8, y reiterada posteriormente, entre otras, por las Sentencias 48/1988, de 22 de marzo, 227/1988, de 29 de noviembre, 136/1991, de 20 de junio, 108/1993, de 25 de marzo, o la ya citada 156/1995, de 26 de octubre. No en vano, los conflictos sobre los que ha debido pronunciarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se han centrado más en los aspectos materiales, en particular, tipificación de infracciones y sanciones, que puramente procedimentales del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora por parte de las Comunidades Autónomas. Así lo subraya, en particular, Oliván del Cacho, J., *Procedimiento sancionador y Estado autonómico*, Cedecs, 1996, pág. 33.

23 Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1985, de 16 de julio, fundamento jurídico 8.

A la vista de esta doctrina, es tanto más criticable la ausencia de una Ley básica reguladora de aquellos aspectos generales necesariamente comunes a todo el territorio de la nación en materia de Derecho Administrativo sancionador y de aquellos mínimos indispensables al procedimiento sancionador común, más aún cuanto que el Tribunal Constitucional ha relacionado expresamente los apartados 1 y 18 del artículo 149.1 de la Constitución al afirmar “que este extremo del procedimiento administrativo deba resultar común en todo el Estado, en el sentido querido por el artículo 149.1.18 de la Constitución, se justifica en la necesidad de que esa garantía mínima que redundaba en un beneficio de los administrados juegue por igual para todos los españoles”²⁴.

Invocado expresamente por el Tribunal Constitucional al enjuiciar el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Principado de Asturias 2/1989, de 6 de junio, de Caza, para sostener que “si bien las Comunidades Autónomas pueden aprobar normas administrativas-sancionadoras en materias de su competencia, tal régimen sancionatorio no puede implicar una disminución drástica”²⁵, que rompa, en definitiva, “la unidad en lo fundamental del esquema sancionatorio”²⁶, por tratarse de una quiebra que vulneraría el artículo 149.1.1, no cabe olvidar que la garantía constitucional de unas condiciones esenciales de igualdad no presupone, en caso alguno, una estricta uniformidad interterritorial²⁷.

2. La parcelación subjetiva de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas

La titularidad y el ejercicio de la potestad sancionadora estatal, entendida en su sentido más amplio, se distribuye entre una pléyade de Administraciones públicas. Está sujeta, en definitiva, a múltiples manifestaciones como consecuencia de su fraccionamiento subjetivo, sancionado expresamente por el artículo 127 de la LRJAP y PAC.

De esta forma, a la potestad sancionadora de la Administración General del Estado, se suman la de Comunidades Autónomas²⁸, corporaciones locales²⁹ y, por lo que interesa a efectos de este trabajo, la de otro tipo de entes que, sin ser propiamente

24 Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1993, de 21 de enero, fundamento jurídico 3.

25 Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1997, de 30 de enero, fundamento jurídico 1.

26 Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1988, de 22 de marzo, fundamento jurídico 25.

27 Así viene sancionándolo el propio Tribunal desde su temprana Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre. Y así, la reciente Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, recuerda en su fundamento jurídico 4 que “el principio de igualdad incide en el despliegue del principio de autonomía pero no puede desvirtuarlo”.

28 Vid., a este respecto, sobre la potestad sancionadora de la Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas, la contribución a este mismo volumen de Alegre Ávila.

29 Me remito, en este sentido, al trabajo de Carballeira Rivera *supra* sobre la problemática de la potestad sancionadora en el ámbito local.

Administraciones públicas territoriales, tienen reconocida legalmente, y matizada por una abundante jurisprudencia, la posibilidad de ejercer una potestad sancionadora de contenido y efectos netamente administrativos.

El fraccionamiento subjetivo de la potestad sancionadora deviene así en consecuencia lógica e inevitable de la correlativa pluralidad de Administraciones públicas reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, si bien es cierto que “el contenido de tal potestad se va debilitando conforme se desciende en la escala de la territorialidad”, al menos desde una perspectiva propiamente normativa, por lo que se refiere a la posible regulación de infracciones y sanciones administrativas. Otra cosa es que la potestad ejercida por entes institucionales o corporativos pueda ir acompañada de una “mayor amplitud e intensidad de contenido” desde una perspectiva estrictamente objetiva o material en cuanto al catálogo de infracciones y sanciones aplicable en un ámbito material concreto³⁰.

Síntoma ineludible de esta mayor debilidad en cuanto a la Administración institucional y corporativa se refiere es la propia dicción del artículo 127, que admite la posibilidad de una potestad sancionadora en manos de entes institucionales y corporativos, de todas las Administraciones públicas, en definitiva, por cuanto se encuentra “reconocida por la Constitución” si bien con sujeción a su reconocimiento expreso “por una norma con rango de Ley”.

Los entes institucionales y corporativos ocupan, cada uno a su manera, un lugar destacado e incluso polémico en el universo de la persona jurídica. Así se deriva, como se verá *infra*, de su propia evolución y regulación actual. Perviven, en definitiva, las singularidades que las caracterizaron en sus orígenes y que propiciaron su temprana identificación con la Administración pública y con la satisfacción de intereses generales, si bien el ordenamiento jurídico las sujeta a un régimen plagado de singularidades propias, en ocasiones, del ámbito del Derecho privado.

La teoría de las personas jurídicas se articula, en este sentido, sobre la distinción básica entre corporación e institución³¹. Siguiendo a García de Enterría y Fernández Rodríguez, la diferencia fundamental radica en la importancia de los miembros en la corporación frente al papel del fundador o “instituidor” en la institución.

La corporación está formada por unos miembros que son “los titulares de los intereses a los que el grupo va a servir, aunque se trate de sus intereses comunes y no particulares [...]; son quienes organizan el ente, en el sentido también de que es su voluntad la que va a integrar la voluntad propia del ente a través de un proceso repre-

³⁰ Los entrecomillados se extraen de Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., págs. 122 y ss.

³¹ Sobre la evolución de la teoría de las personas jurídicas y las aportaciones realizadas a la misma por la doctrina alemana, vid., por todos, García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 2008, T. I, págs. 388 y ss.

sentativo”. En las instituciones, en cambio, no existen propiamente miembros “aunque eventualmente pueda haber interesados, o destinatarios de la actividad, o usuarios de las prestaciones que dichos entes proporcionan”³².

Las instituciones son así creaciones de un fundador o “instituidor” que es quien “dispone los medios materiales y personales que quedan afectos al cumplimiento de este fin, así como el que decide con su voluntad la constitución de los órganos propios del ente y, por tanto, derivativamente, el que constituye la propia voluntad del ente”³³.

El artículo 35 del Código civil recoge las formas que en nuestro Derecho puede revestir la persona jurídica, diferenciando a las entidades mencionadas en sus dos apartados según el interés público o particular que en ellas se manifieste. Distingue así entre “las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley”, de un lado, y las “asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”.

Trasladando estas categorías generales al ámbito particular de los entes institucionales y corporativos, cabe identificar a los primeros con aquellas personificaciones instrumentales creadas por una Administración territorial para el ejercicio descentralizado, y en ocasiones sujeto a régimen jurídico privado, de alguna de sus competencias propias; siendo las corporaciones de derecho público, en cambio, entes de base asociativa en los que la presencia de un interés público o general más amplio motiva la adición de un plus en cuanto a su personificación y régimen jurídico administrativo respecto a otras asociaciones estrictamente privadas.

El posible ejercicio por estos entes de la potestad sancionadora está, en cualquier caso, fuera de toda duda, por cuanto el artículo 127 de la LRJAP y PAC así lo reconoce y ampara, y sus normas de creación, como se verá, lo contemplan, si bien no está exento de importantes problemas interpretativos por cuanto el régimen jurídico inaugurado por la Ley 30/1992 para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa resulta insuficiente y plantea deficiencias graves de por sí³⁴, a las que se suman, además, las más que discutibles flexibilizaciones y modulaciones sancionadas por la jurisprudencia para la aplicación de los principios generales del Derecho administrativo sancionador a los procedimientos de esta naturaleza iniciados por los entes integrantes de la Administración institucional y corporativa.

³² García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 389.

³³ García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 389.

³⁴ Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 130, subraya, pese a ello, el “enorme adelanto” que representa “mirando hacia atrás”.

III. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LOS ENTES INSTITUCIONALES

La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), aborda la difícil tarea de “racionalizar y actualizar” la normativa dedicada a la tradicionalmente denominada Administración institucional del Estado, esto es, a los entes instrumentales de Derecho público dependientes o vinculados a la Administración General del Estado para el desarrollo de su propia actividad. Así lo reconoce la Exposición de motivos de la Ley que califica, además, de “inaplazable” esta labor ante su espectacular desarrollo en años precedentes.

Pese a la urgencia de semejante declaración, son varias las reformas experimentadas desde su aprobación por la LOFAGE y más aún las incógnitas abiertas por la organización y el régimen jurídico aplicable a la actuación de los entes institucionales.

Y así, su situación actual es, pese a las buenas intenciones del legislador declaradas en la Exposición de motivos de 1997, de auténtica eclosión y proliferación de todo tipo de entes instrumentales bajo formas y regímenes normativos absolutamente diversos, de forma que no cabe sino concluir el fracaso de cualquier intento de sistematización ante la vigente disgregación y dispersión del régimen jurídico que les resulta de aplicación³⁵.

Su capacidad de obrar, en cuanto entes con personalidad jurídica pública diferenciada, se encuentra determinada por las potestades y competencias administrativas que tengan atribuidas en cada caso, resultando esencial, en este sentido, su clasificación e identificación concreta en el complejo universo de los entes institucionales, su encaje, en definitiva, en la abigarrada tipología de entes instrumentales de Derecho público diseñada por nuestro ordenamiento jurídico conforme a lo dispuesto, de forma muy especial, por su norma creadora y reguladora.

No hay que olvidar, en cualquier caso, que tal y como establece el artículo 1.2 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, estas entidades de derecho público tienen la consideración, a efectos de la citada Ley, de Administraciones públicas, al margen de su posible dependencia de la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas o las corporaciones locales. Frente a la multiplicación de la pléyade de entes públicos integrados en esta categoría institucional, consecuencia de su posible vinculación a ámbitos territoriales diversos, se aborda aquí, por razones evidentes, la titularidad de la potes-

³⁵ Para García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 405, la proliferación de estos entes institucionales denota, precisamente, la artificiosidad y ausencia de sustrato real de esta *multiplicatio entium*. Asimismo, sobre las variadas causas a las que responde su expansión, Fernández-Farreres, G., “Administraciones instrumentales”, en *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, 2004, págs. 341 y ss.

tad administrativa sancionadora por aquellos entes institucionales creados y supeditados a la Administración General del Estado³⁶.

1. Tipología y titularidad institucional de la potestad administrativa sancionadora

La LOFAGE extiende, a estos efectos, la etiqueta genérica de “organismos públicos” a todos los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado para el desarrollo de competencias propias de la Administración pública matriz en régimen de descentralización funcional, desgranando su tipología y régimen jurídico en el Título III, concretamente, en los artículos 41 a 65 de la Ley.

El artículo 42.2 recoge una previsión fundamental, desde la perspectiva de la posible titularidad de la potestad administrativa sancionadora por parte de estos organismos, por cuanto dispone que “dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria”.

Es más, continúa el precepto afirmando que “los estatutos podrán atribuir a los organismos públicos la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijan el régimen jurídico básico de dicho servicio”, abriendo así a estos entes la posibilidad de ejercicio de una potestad normativa accesoria o complementaria para el desarrollo de ciertos aspectos expresamente calificados de secundarios y, por tanto, de naturaleza accesoria.

Reconoce abiertamente, por tanto, el posible ejercicio por los entes institucionales de cualesquiera potestades administrativas, con el único límite de la expropiatoria, lo que implica, en consecuencia, el reconocimiento expreso de una posible titularidad institucional de la potestad sancionadora.

Ahora bien, esta afirmación genérica debe matizarse, no obstante, en función de cada tipo concreto de organismo público. Conforme al artículo 43 de la LOFAGE, los entes institucionales se clasifican en organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales, a los que habría que sumar, además, las sociedades mercantiles estatales reguladas en la Disposición adicional 12.^a de la Ley, las peculiaridades propias de las Administraciones independientes cuya existencia amparan diversas Disposiciones adicionales de la LOFAGE, y, en última instancia, desde su reconocimiento por el legislador en 1994, las personificaciones de naturaleza fundacional vinculadas al sector público.

³⁶ Sobre la necesidad de una regulación mínima común y, ante todo, de una disciplinaria unitaria del “amplísimo elenco de entes instrumentales”, vid. Fernández-Farreres, G., “Administraciones instrumentales”, op. cit., págs. 343 y ss.

A) Organismos autónomos y entidades públicas empresariales

En contraposición a los organismos autónomos, a los que se encomienda “en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos”³⁷, a las entidades públicas empresariales se confía “la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”³⁸.

Es precisamente este rasgo de la contraprestación el que marca la diferencia más significativa entre ambos, pautando la diversa naturaleza de las funciones alumbradas por el legislador para uno y otro tipo de organismo público. De ahí la diversidad de régimen jurídico aplicable, en principio, a cada uno de ellos. Frente a la sujeción de los organismos autónomos al Derecho Administrativo, las entidades públicas empresariales se rigen, en cambio, por un régimen mixto, sujetándose a Derecho privado, “excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria”³⁹.

En este sentido, la previsión genérica del artículo 42.2 de la LOFAGE acerca de las potestades administrativas de los organismos públicos, unida a la sujeción de los organismos autónomos al Derecho Administrativo y de sus actos y resoluciones a los recursos administrativos previstos en la LRJAP y PAC, marca la legitimidad indiscutible de su posible titularidad de la potestad sancionadora. Así se desprende del artículo 127 de la Ley 30/1992 y del enunciado a este respecto de la LOFAGE.

La concreción, en cualquier caso, de esa posibilidad corresponde a la Ley de creación del organismo autónomo correspondiente, sujetándose el ejercicio de la potestad sancionadora resultante a las reglas de Derecho Administrativo que recogen, con carácter general, la LRJAP y PAC y el REPEPOS, así como a los principios generales del Derecho Administrativo sancionador consolidados por la doctrina interpretativa de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa.

Otro tanto cabe afirmar de las entidades públicas empresariales, cuyo posible ejercicio de potestades administrativas está expresamente previsto y regulado en el artículo 54 de la LOFAGE. Recae, asimismo, sobre la Ley creadora de la entidad particular el reconocimiento explícito de su potestad sancionadora.

De esta forma, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 127 de la LRJAP y PAC, que exige el reconocimiento expreso de la potestad sancionadora por una nor-

37 Artículo 45.1 de la LOFAGE.

38 Artículo 53.1 de la LOFAGE.

39 Artículo 53.2 de la LOFAGE.

ma con rango de Ley, si bien permite la atribución expresa de su ejercicio a los órganos administrativos correspondientes por medio de disposición de rango legal o reglamentario, la LOFAGE reconoce, con rango legal, la posible titularidad de la potestad sancionadora por parte de los organismos públicos, correspondiendo a las distintas Leyes de creación la concreción o no de esa potestad para cada uno de los entes instrumentales en particular y recayendo, en fin, sobre sus Estatutos concretos, aprobados por Real Decreto, la atribución a los órganos correspondientes de las “potestades administrativas generales que éste puede ejercitar”⁴⁰.

B) *Agencias estatales*

Frente a la problemática particular que supone la creación, en principio excepcional, de Administraciones públicas independientes, sobre las que se volverá *infra*, y la consagración para ellas de regímenes jurídicos singulares y absolutamente particularizados, la aprobación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, añade un nuevo elemento a la clasificación tradicional de los entes institucionales y desarrolla el marco jurídico en que habrá de desenvolverse la actuación de la Agencia Estatal en cuanto fórmula organizativa general, dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión, compatible, no obstante, con el refuerzo de los mecanismos de control de eficacia y con la promoción de una cultura de responsabilización por resultados⁴¹.

La introducción en nuestros esquemas administrativos de la novedad que representan las Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos no constituye ni pretende erigirse en una ruptura radical con las fórmulas organizativas vigentes hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico. Implica, más bien, una cierta renovación

40 Continúa el artículo 62.1 b) de la LOFAGE confiando, asimismo, a los Estatutos del organismo autónomo o entidad pública empresarial correspondiente “la distribución de las competencias entre los órganos de dirección, así como el rango administrativo de los mismos en el caso de los organismos autónomos y la determinación de los órganos que, excepcionalmente, se asimilen a los de un determinado rango administrativo, en el supuesto de las entidades públicas empresariales. En el caso de las entidades públicas empresariales, los estatutos también determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de potestades administrativas”. Sobre el “amplísimo margen de decisión” que corresponde, en este sentido, a los estatutos de la cada entidad, en detrimento de la LOFAGE que “tampoco acota todo lo que debiera” el régimen jurídico de estas categorías de entes institucionales, vid. Fernández-Farreres, G., “Administraciones instrumentales”, op. cit., pág. 353.

41 Para García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 410, el intento de reordenación de los entes institucionales que representa esta Ley certifica el fracaso de la LOFAGE en cuanto a la racionalización y simplificación que esta última pretendía. Sobre el contexto y la política del Gobierno en que se inserta la aprobación de la Ley 28/2006, consecuencia inmediata de la aprobación en Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2005 del Plan de Medidas 2006-2008 para la mejora de la Administración (Plan Moderniza), vid. Martín-Caro García, F., Bettschen Capa, B., y Estoa Pérez, A., *Las Agencias Estatales*, Iustel, 2007, págs. 26 y ss.; y, Salvador Armendáriz, M.ª A., “Modelo de Administración institucional en la Ley de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos”, en Alenza García, J. F. y Razquin Lizarraga, J. A. (dirs.), *Organización y procedimientos administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, 2007, págs. 397 y ss.

sin solución de continuidad, si bien aportando elementos e ideas innovadoras a la organización de la Administración General del Estado, frente a la proliferación que advierte en los últimos años la exposición de motivos de la Ley de “entes que presenten un régimen jurídico singular, básicamente del Derecho privado y al margen de las configuraciones generales de los organismos públicos”⁴².

La Ley de Agencias estatales de 2006 articula, en consecuencia, un *tertium genus* que, si bien similar a los organismos autónomos en diversos aspectos, está dotado sin duda de una mayor flexibilidad. Su introducción y configuración en nuestro ordenamiento jurídico trae causa, en definitiva, de un cierto cambio de mentalidad en materia de organización y gestión administrativa. Con la reforma de la organización administrativa estatal en 2006 se pretende, en definitiva, dar cumplida respuesta a la necesidad contrastada y doctrinalmente reivindicada de mejorar la prestación de servicios a los ciudadanos en el marco no sólo de la modernización de las estructuras y el funcionamiento administrativo sino, en particular, de una nueva cultura de legitimación por resultados⁴³. A ello responde, en buena medida, la articulación concreta de la Agencia estatal por la que ha optado nuestro ordenamiento normativo.

Por lo que se refiere a su posible ejercicio de la potestad sancionadora, está amparada en el propio texto de la Ley de 2006, si bien de forma un tanto indirecta, por cuanto no se refiere de forma expresa a esta posibilidad, sino que tan sólo se limita en su artículo 2 a reconocer que, en cuanto entidades de Derecho público, las Agencias Estatales están “facultadas para ejercer potestades administrativas”. Corresponde, en este sentido, a la Ley que autorice su creación establecer “el objeto de la Agencia Estatal y sus fines generales”⁴⁴, recayendo en el Estatuto correspondiente, aprobado por Real Decreto, la determinación concreta de “las funciones a desarrollar por la Agencia Estatal y, en su caso, las facultades decisorias correspondientes a las competencias de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos que se atribuyan a dicha Agencia”⁴⁵.

42 Martín-Caro García, F., Bettschen Capa, B., y Estoa Pérez, A., *idem*, págs. 31 y ss., recogen algunos ejemplos concretos de la continuidad que representan en cierto sentido las Agencias respecto a las fórmulas organizativas previstas hasta ahora en la LOFAGE, así como aquellas innovaciones más importantes que implementan, ya que entienden que la Ley de Agencias de 2006 se ha erigido fundamentalmente en vía para trasladar al ámbito legal “las nuevas corrientes y principios internacionales que desde hace décadas sitúan al ciudadano en el eje central de la Administración”.

43 Así lo ha subrayado también Manteca Valdelande, V., “Las nuevas agencias estatales y su régimen legal”, AA, 21, diciembre 2006, que reclama, en esta coyuntura de reformas administrativas, la implantación de un “nuevo modelo y una nueva cultura de gestión que, frente al modelo tradicional burocrático, ponga el acento en los valores de eficacia, eficiencia y calidad”. Sobre la preocupación creciente en el ámbito de las Administraciones públicas por las prestaciones a los ciudadanos y la extensión, en particular, de la cultura de la calidad a los servicios públicos, vid. CASARES MARCOS, A., *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, 2007, págs. 375 y ss.

44 Artículo 3.2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio.

45 Artículo 3.5 a) de la Ley 28/2006, de 18 de julio.

Resulta criticable, en este sentido, la ambigüedad manifiesta del enunciado transcrito, por cuanto parece amparar la deslegalización de la especificación y atribución de potestades administrativas a la Agencia correspondiente, para confiar, en cambio, a los Estatutos la tarea de su identificación y determinación concreta.

Entiendo, no obstante, que en cumplimiento de lo dispuesto, respecto a la potestad administrativa sancionadora, por el artículo 127 de la LRJAP y PAC, así como, en última instancia, de las propias exigencias derivadas de la vigencia del principio de legalidad en el Derecho administrativo sancionador, debe afirmarse, sin lugar a dudas, que la reserva de la definición del objeto y de los fines generales de la Agencia a la Ley que autorice su creación, ex artículo 3.2 de la Ley 28/2006, alcanza, necesariamente, a la posible atribución a la misma de la potestad sancionadora y, por tanto, a la cobertura legal mínima que exige, en su caso, el régimen jurídico sancionador a aplicar por la Agencia estatal correspondiente.

Al Estatuto de la Agencia atañe, en cambio, complementar lo dispuesto, a este respecto, por la Ley de la que trae causa, concretando, en su caso, el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida legalmente a la Agencia en los órganos correspondientes y precisando, en los márgenes que admiten al respecto los principios generales de legalidad y tipicidad, aquellos extremos relativos al régimen sancionador aplicable que no hubiesen quedado completamente definidos en la Ley autorizatoria de la creación de la Agencia.

C) *Sociedades mercantiles estatales*

La introducción de la nueva figura de las Agencias estatales en 2006 representa una reacción indudable a la progresiva fragmentación, atomización y proliferación anterior, al amparo de la LOFAGE, de organismos de naturaleza tanto pública como privada, dependientes de la Administración General del Estado, con regímenes jurídicos diversos y absolutamente particularizados, cada vez más alejados, en definitiva, del ámbito de aplicación del Derecho Administrativo.

Y, sin embargo, la conversión del binomio inicial de organismos públicos, esto es, organismos autónomos y entidades públicas empresariales, en una terna tras la incorporación de la Agencia, no ha logrado, al menos de momento, despejar las incógnitas planteadas o esclarecer las sombras provocadas por la denominada huida, cuando no auténtica estampida, del Derecho Administrativo y la rebaja de las consiguientes garantías jurídico-administrativas en el funcionamiento y actividad no sólo de las sociedades mercantiles estatales sino también de las fundaciones públicas o en mano pública y, en particular, de forma señalada, de las llamadas Administraciones independientes, sujetas a un régimen jurídico-público absolutamente particularizado.

Por lo que se refiere, en concreto, a las sociedades mercantiles estatales, encuentran acomodo en la Disposición adicional 12.ª de la LOFAGE. Su constitución para

ciertos fines ha suscitado recelos en la doctrina, que dejan al descubierto los serios interrogantes que plantea su régimen jurídico y el de las obras públicas y servicios que, en su caso, construyen y/o gestionan⁴⁶. La flexibilización pretendida con la implantación de este nuevo modelo de gestión pública no deja de ser, en realidad, una muestra del fenómeno contemporáneo de huida del Derecho administrativo y de los controles públicos. No en vano, procura un mayor margen de libertad a los poderes públicos competentes en la materia correspondiente, al propiciar la separación de funciones en este ámbito⁴⁷.

Esta suerte de privatización de cometidos en muchas ocasiones propios de la Administración pública⁴⁸, resulta tanto más polémica si se toma en consideración lo parco del régimen jurídico aplicable a estas sociedades y las dudas que plantean en su funcionamiento y actividad contractual⁴⁹. Dudas a las que se ha enfrentado el propio

46 Vid. en particular, Martínez López-Muñiz, J. L., “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)”, *RAP*, 144, septiembre-diciembre 1997, págs. 47 y ss., quien habla del “fraude” de encomendar a una personificación formal jurídico-privada una actuación que debería ser netamente pública, subrayando las consecuencias negativas que derivan de la admisibilidad de deferir a sociedades instrumentales la contratación necesaria para la ejecución de obras públicas. También se ha referido, entre otros muchos, al problema planteado por la aplicación del régimen público de contratos a las entidades calificadas de “organismo público”, independientemente de la forma jurídica pública o privada que adopten, González-Varas Ibáñez, S., “Sociedades mercantiles de la Administración y Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (con referencia a la nueva Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local)”, *REAL*, 292-293, mayo-diciembre, 2003, págs. 99 y ss.

47 Así lo sostienen también Martínez de Pisón Aparicio, I., “Sociedades estatales, obras públicas hidráulicas y desalación de las aguas marinas: algunas acotaciones al talante privatizador de la última reforma de la Ley de Aguas”, en L. Cosculluela Montaner (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, 2003, pág. 320; y, Pemán Gavín, J., “La gestión de obras y servicios públicos. Nuevas entidades instrumentales y nuevas formas de contratación. (A propósito del Seminario sobre la materia organizado por el Instituto Aragonés de Administración Pública)”, *RAAP*, 17, diciembre 2000, pág. 369.

48 Martínez López-Muñiz, J. L., “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?..”, op. cit., pág. 63, destaca, respecto al supuesto particular objeto de atención, su alejamiento de las actividades propiamente prestacionales, económicas o de cualquier otra especie, así como de las mercantiles o de dación de bienes o servicios al mercado, subrayando su calificación de “actividades netamente administrativas”.

49 Una labor de auténtica “ingeniería jurídica” con el fin de “tratar de salvar la cara” ante los imperativos del Derecho comunitario, en opinión de Martínez López-Muñiz, J. L., “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?..”, op. cit., págs. 64 y ss. Sobre el esfuerzo realizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por delimitar los conceptos de entidad adjudicadora y organismo de Derecho público a efectos de determinar el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública y su impacto sobre el ordenamiento jurídico español, vid., por todos, Fuertes López, M., “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *REALA*, 279, 1999, págs. 25 y ss.; García de Enterría, E., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas (Sentencia Comisión c. España C-214/00, de 15 de mayo de 2003)”, *REDA*, 119, julio-septiembre 2003, págs. 471 y ss.; del mismo autor, “Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre la contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)”, *REDA*, 120, octubre-diciembre 2003, págs. 667 y ss.; Moreno Molina, J. A., “Reciente evolución del Derecho comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000. Comisión

Tribunal Constitucional, que en su temprana Sentencia 14/1986, de 31 de enero, recuerda la íntima conexión, a estos efectos, entre Administración matriz y sociedad instrumental, para subrayar a continuación el carácter ineludiblemente público de este vínculo de unión⁵⁰.

Excede, en todo caso, del ámbito de este trabajo entrar a analizar la problemática particular que plantean estas sociedades, por cuanto la Disposición adicional 12.^a de la LOFAGE sanciona, en su apartado primero, que “las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación”, sin que puedan disponer, en ningún caso, “de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”, ni, por tanto, de potestad administrativa sancionadora⁵¹.

D) *Fundaciones*

El artículo 6.1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, abrió un debate importante, “enconado” incluso⁵², al hilo de la tramitación y aprobación de su enunciado⁵³. Representa una novedad sin precedentes en la historia fundacional española, en cuanto consagra de forma expresa, al margen de precedentes particulares anteriores, la posibilidad de que las Administraciones públicas ostenten la iniciativa fundacional⁵⁴.

contra España”, en J. M^o. Gimeno Feliú (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, 2004, págs. 17 y ss.; Piñar Mañas, J. L., “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos, y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas”, *AJA*, 585, 2003, págs. 1 y ss.; y, Valcárcel Fernández, P., “Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho administrativo e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas”, *RGDA*, 12, junio 2006 (publicación electrónica del portal www.iustel.com).

⁵⁰ Fundamento jurídico 8.

⁵¹ Prohibición “capital” en opinión de Fernández-Farreres, G., “Administraciones instrumentales”, op. cit., pág. 363.

⁵² En expresión de González Cueto, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Aranzadi, 2003, pág. 93.

⁵³ Esta posibilidad desató la polémica y dio origen a un sinnúmero de contribuciones doctrinales en las que se ponderaba la innovación introducida a la luz, fundamentalmente, de la descentralización pública y del fenómeno de la huida del Derecho administrativo, cuestionándose, incluso, la propia constitucionalidad del precepto sobre la base de una hipotética reserva constitucional de Derecho administrativo. En este último sentido, Ariño, G., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El sistema contractual administrativo*, Comares, 2002, Tomo I, pág. 61; Del Saz Cordero, S., “Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, 1992, págs. 172 y ss.; Martínez López-Muñiz, J. L., “Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad”, en *XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, 2002, págs. 301 y ss.; y, Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2008, Tomo II, pág. 252.

⁵⁴ Anteriormente constituía una auténtica singularidad normativa, tan sólo contemplada y regulada con cierta proyección normativa en el ámbito municipal, si bien planteada cada vez con mayor insistencia ante la asunción de competencias exclusivas en materia de fundaciones por parte de algunas

Actualmente, el artículo 8 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, reitera, punto por punto, lo dispuesto en este antecedente, reconociendo a las personas jurídico-públicas, en su apartado cuarto, “capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”.

La entidad resultante no adopta, sin embargo, la condición de ente público, dada la separación tradicional que existe entre el fundador y la persona jurídica fundada⁵⁵. De ahí las críticas doctrinales vertidas en torno a una posibilidad que parece instaurarse, en definitiva, como cauce óptimo para la materialización de la huida del Derecho administrativo⁵⁶.

Pese a ello, no cabe defender otra interpretación del enunciado de este precepto, en cuanto la afirmación de la personalidad pública de estas entidades resultaría extraña a la propia naturaleza y régimen tradicional de la institución fundacional⁵⁷. Las únicas excepciones a este principio general, esto es, a la naturaleza jurídica privada de todas las fundaciones de iniciativa pública, son las fundaciones públicas del servicio, reguladas en los artículos 85 a 88 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, las fundaciones del Patrimonio Nacional, de la Disposición adicional primera de la Ley 50/2002, a las que tampoco se aplica esta norma, y las fundaciones públicas sanitarias, cuyo carácter público aparece expresamente recogido y desarrollado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

Para el resto de las fundaciones constituidas a iniciativa de una persona jurídico-pública rige la Ley 50/2002, que si bien dedica, en particular, su Capítulo XI a las fundaciones del sector público estatal, no define su naturaleza pública ni las excluye íntegramente del régimen aplicable al resto de las fundaciones privadas.

Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía. En particular, Piñar Mañas, J. L., “Tercer Sector: sector público y fundaciones”, en *XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, 2002, pág. 265, quien se ha referido, expresivamente, a la “notable laguna” saldada en este sentido por el artículo 6 de la Ley 30/1994.

55 Para García-Trevijano Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, EDESA, 1971, Tomo II, volumen I, pág. 302, es éste el dato esencial que diferencia fundaciones y sociedades.

56 El significado del artículo 6.1 de la Ley 30/1994 ha sido subrayado por Sosa Wagner, F., “La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, 2000, Tomo I, pág. 1931, para quien “prácticamente se abaten con él las fronteras entre lo público y lo privado”, destruyendo “las mugas que siempre delimitaron ambas esferas”. Vid., asimismo, sobre la atracción de la Administración por el régimen jurídico característico de las personificaciones privadas y el fenómeno de la huida del Derecho administrativo, García-Andrade Gómez, J., “Fundaciones de la Administración pública”, en Muñoz Machado, S., Cruz Amorós, M. y De Lorenzo García, R. (eds.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, 2005, págs. 651 y ss., y la doctrina allí citada; Cuscó, M. y Cunillera, M., *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Dijusa, 2005, pág. 62; y, en fin, Piñar Mañas, J. L., “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, *REDA*, 97, enero-marzo 1998, págs. 37 y ss.

57 Así lo subraya también Bermejo Latre, J. L., “Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del Derecho administrativo”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, 2000, Tomo I, pág. 935.

El artículo 46 concreta, en este sentido, su régimen jurídico⁵⁸. Confía su Protectorado, independientemente del ámbito territorial de actuación de la fundación, a la Administración General del Estado⁵⁹, disponiendo limitaciones y particularidades propias del Derecho público en materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, selección de personal, contratación y disposición dineraria de fondos. Se prohíbe expresamente el ejercicio fundacional de potestades públicas, y, por tanto, de la potestad administrativa sancionadora, disponiendo que “únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa”.

La legislación fundacional vigente no establece, en suma, diferencias esenciales en el régimen jurídico que les resulta de aplicación, respecto a aquellas otras fundaciones derivadas, por el contrario, de la iniciativa particular, si bien introduce ciertas modulaciones con el fin de adaptar su régimen jurídico a las necesidades de la propia organización administrativa⁶⁰. Se multiplican, en consecuencia, al amparo de la legislación en materia de fundaciones y de otras regulaciones posteriores del fenómeno fundacional en relación con el sector público, los regímenes jurídicos aplicables a las fundaciones dependientes de las Administraciones públicas, dando lugar a una dispersión normativa cada vez más acusada y llamativa⁶¹.

En cuanto a los supuestos que excepcionalmente reconoce nuestro ordenamiento jurídico de fundaciones de naturaleza propiamente pública, por lo que se refiere, en primer lugar, a la evolución de la legislación local respecto al empleo de la fórmula fundacional para la gestión de los servicios públicos locales, en menos de una centuria se ha pasado del desconocimiento de la institución, a su reconocimiento como establecimiento de naturaleza pública, posteriormente equiparado al organismo autónomo, y, finalmente, a su reconducción y nueva proliferación al amparo de la

58 Aplicándose en todo lo no previsto en estos preceptos, lo dispuesto por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, para las de iniciativa privada.

59 Alterando con ello la regla general de atribución competencial en el ámbito fundacional.

60 Vid., en particular, sobre la adaptación y transformación de la figura fundacional para adecuarla a la organización administrativa y la multiplicación de los controles sobre las fundaciones de la Administración, García-Andrade Gómez, J., “Fundaciones de la Administración pública”, op. cit., págs. 666 y ss.

61 Para García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 392 y ss., este fenómeno de diversificación y especialización de las fundaciones ligadas al ámbito público dificulta sobremanera la inducción de “un tipo común que englobe todos los supuestos aludidos en un estatuto general”, por lo que juzgan “más simple explicar sus peculiaridades como un conjunto de normas jurídico-públicas particulares que se superponen al fondo jurídico-privado del Derecho común de fundaciones, que es simplemente utilizado por la Administración”. Piñar Mañas, J. L., “Tercer Sector, sector público y fundaciones”, *Tercer Sector*, 1, octubre-diciembre 2005, págs. 33 y ss., se hace eco de este fenómeno expansivo. Asimismo, sobre los diversos tipos concretos de personificación fundacional vinculados al sector público, vid. Casares Marcos, A., “Tipología fundacional”, en la obra colectiva Beneyto Pérez, J. M.^a (dir.) y Rincón García Loygorri, A. (coord.), *Tratado de fundaciones*, Bosch, 2007, Tomo I, págs. 179 y ss.

personificación privada de la fundación a iniciativa pública que amparan las Leyes de Fundaciones de 1994 y 2002.

La fundación pública de servicio era, en realidad, una institución constituida a iniciativa del ente local, a quien correspondía apreciar libremente su conveniencia, con el fin último de gestionar descentralizadamente un servicio público de su competencia bajo una fórmula organizativa que presuponía su personificación y naturaleza pública⁶². La fundación así creada, promovida por la propia corporación local o por un particular que confiaba ciertos bienes a la Administración local bajo el encargo de su constitución para el cumplimiento de determinados fines concretos⁶³, quedaba sometida por completo al Derecho administrativo en cuanto auténtico establecimiento público susceptible de la titularidad y el ejercicio de potestades administrativas, entre ellas, la sancionadora.

El régimen estrictamente administrativo de la fundación así constituida por la corporación local se desprende del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio (en adelante, RSCL), cuyo artículo 86 confía a los servicios personalizados un patrimonio especial, “afecto a los fines específicos de la Institución que se constituyere”, y sujeta su actividad a un Estatuto propio “aprobado por la Corporación local”, en el que se habrán de determinar, conforme a lo dispuesto en el artículo 87, “los órganos de gobierno y su competencia, así como las facultades de tutela de la Corporación que instituya la fundación”⁶⁴.

En todo caso, la fundación pública del servicio tuvo su ocaso como tal en nuestro ordenamiento jurídico al ceder su protagonismo y reconducir su función específica en beneficio del organismo autónomo local configurado y regulado por Ley de 26 de diciembre de 1958, de Entidades Estatales Autónomas⁶⁵. Así lo sanciona el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, que tan sólo menciona expresamente, como formas de gestión directa de los servicios públicos de la competencia local, la gestión por la propia entidad local, el organismo autónomo local, la entidad pública empresarial local y la sociedad mercantil local.

62 Así se desprende, en particular, de su inclusión expresa entre las formas de gestión directa de los servicios enumeradas en el artículo 67 del Reglamento, que entiende, además, por gestión directa, conforme al enunciado literal de su artículo 41, “la que para prestar los servicios de su competencia realicen las Corporaciones locales por sí mismas o mediante Organismo exclusivamente dependiente de ellas”.

63 No confundir con la fundación creada a iniciativa particular y cuyo patronazgo recae, por voluntad del fundador, en la corporación local.

64 Este Estatuto es calificado expresivamente por ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, 1960, pág. 335, de “simple reglamento administrativo”. Resulta asimismo significativo, que el artículo 88 disponga expresamente la sucesión universal de la Corporación “al disolverse la Institución”.

65 En este sentido, Albi, F., *Tratado de los modos de gestión...*, op. cit., pág. 332, para quien se produce un mero cambio de denominación de estas entidades debido a la “terminología particular” asentada al respecto por la Ley de 1958; y, Sosa Wagner, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, 2008, pág. 100, que entiende que el legislador “ha reputado más apropiado” el organismo autónomo local que la fundación pública del servicio, reflejo, a su vez, en España “de la idea francesa del establecimiento público”.

De esta forma, la gestión directa y descentralizada del servicio público queda confiada, en cuanto a la constitución de entidades de Derecho público se refiere, al organismo autónomo local. No obstante, la vigencia, al menos formal, de los artículos 85 a 88 del RSCL, afectados por el enunciado del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuya Disposición derogatoria única, apartado 1 f), establece expresamente su vigencia en cuanto no se opongan a lo establecido en la Ley a que desarrolla y en su propio articulado, así como la sustitución operada al amparo de la Ley de 1958 de estas fundaciones por los organismos citados, ha motivado la equiparación y consideración indistinta de organismos autónomos locales y fundaciones locales de servicio⁶⁶.

En cualquier caso, la Disposición adicional primera de la Ley de Fundaciones de 2002 excluye, asimismo, expresamente de su ámbito de aplicación a “las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional”, que se regirán por su normativa propia.

No cabe sino concluir la naturaleza jurídica pública de estas fundaciones vinculadas al Patrimonio Nacional⁶⁷, por cuanto sus fondos proceden de los Presupuestos Generales del Estado y están afectados a fines públicos, quedando sometidas, además, al control del Tribunal de Cuentas y a una intervención pública cualificada a través del Consejo de Administración, entidad de Derecho público, orgánicamente dependiente de la Presidencia del Gobierno, conforme al artículo 1 de la Ley del Patrimonio Nacional.

A este Consejo de Administración del Patrimonio Nacional corresponden las competencias relativas a la gestión, organización y funcionamiento de estas fundaciones. Está expresamente excluido, por el artículo 1 de la Ley, del ámbito de aplicación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, derogada y sustituida con

66 Sobre la vigencia actual de estos preceptos, vid., en particular, Lliset Borrell, F. y López Pellicer, J. A., *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, El Consultor, 2002, págs. 335 y ss. Su afirmación está avalada, además, por la consideración de la elección concreta de las formas de gestión de los servicios públicos locales como expresión de la autonomía local y, en concreto, de su potestad de autoorganización, lo que ha llevado a negar, por tanto, en cuanto a la constitución de fundaciones públicas locales, el desplazamiento de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local y del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, por la legislación de contratación pública y, en particular, por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Sosa Wagner, F., “La fundación en el horizonte de las formas de gestión...”, op. cit., pág. 1912, se refiere expresamente a esta cuestión. Su pervivencia ha sido subrayada, en fin, por la propia jurisprudencia, que se ha referido, en diversas ocasiones, y de forma explícita, a las fundaciones públicas constituidas para la gestión de servicios locales al amparo del Reglamento de Servicios de 1955. A título de ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1988 o de 22 de septiembre de 1995. Destaca, en particular, por su extensión y profundidad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 25 de octubre de 1999, sobre la Fundación del Patronato de Zorroaga, sobre la que recae la gestión directa del servicio funerario.

67 Más aún si se aplican aquí los criterios jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia al hilo del análisis de la naturaleza jurídica de las fundaciones locales de servicio.

posterioridad por la LOFAGE, detallándose su composición y competencias en el artículo 8.

A la luz de su naturaleza pública y de lo dispuesto al respecto por el artículo 127 de la LRJAP y PAC, cabría su consideración teórica como potencial depositario de la potestad administrativa sancionadora, posibilidad que en la práctica es preciso desecharse, no obstante, ante el silencio que mantiene al respecto la Ley 23/1982, que ha optado por confiar al Consejo de Administración competencias genéricas de administración, entre las que caben incluso la potestad normativa para la organización y funcionamiento de las distintas dependencias, así como la de su inspección, silenciando, no obstante, cualquier referencia a una hipotética potestad sancionatoria.

Particularmente compleja es, en fin, la problemática suscitada por la reforma de los servicios públicos sanitarios y la ampliación de las formas de gestión sanitaria para dar cabida en su seno, entre otras, a la persona jurídica fundacional⁶⁸. La legislación actualmente vigente recoge, en este sentido, dos manifestaciones radicalmente diversas de este fenómeno, una eminentemente privada y otra, en cambio, de naturaleza jurídica pública, dándose una interrelación evidente entre ambas⁶⁹.

En este sentido, la constitución, modificación y extinción de las fundaciones públicas sanitarias, alumbradas por el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, así como sus correspondientes estatutos, quedan sometidos a aprobación por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo, en cuanto organismos públicos adscritos, en el caso de las de competencia estatal, al Instituto Nacional de Salud⁷⁰.

68 Vid., en este sentido, la exposición y el cuadro resumen de las formas de gestión sanitaria incorporadas por Estado y Comunidades Autónomas que ofrece González Cueto, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, op. cit., págs. 380 y ss. Asimismo, sobre la evolución de la gestión fundacional en el ámbito sanitario, Bermejo Latre, J. L. y Mir Puigpelat, O., “Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública”, *REDA*, 104, octubre-diciembre 1999, págs. 576 y ss.

69 La conexión entre ambas figuras ha motivado, incluso, su confusión jurisprudencial. Destacan especialmente, en este sentido, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 27 de enero de 2000, y de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 1 de junio de 2004.

70 Se prevé, asimismo, la posibilidad de constitución autonómica de fundaciones públicas sanitarias en su ámbito territorial respectivo, confiándose su regulación a la normativa específica de cada Comunidad Autónoma. Para Vaquer Caballería, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, 1999, pág. 52, esta previsión nos sitúa ante un “curioso ejemplo de base meramente nominativa o, en cuanto a su contenido normativo, de base enteramente supletoria”, en cuanto la nueva base que representa el artículo 111 de la Ley 50/1998 para el ámbito de la organización sanitaria, “se limita a un *nomen*, una categoría vacía, cuyo entero régimen pueden configurar con toda libertad y, por tanto, de modo completamente diverso, las Comunidades Autónomas competentes en la materia”. Como ejemplos concretos de fundaciones públicas sanitarias en el ámbito autonómico destacan, en particular, la Fundación Pública Galega de Medicina Xenómica, creada por Decreto 451/2003, de 26 de diciembre, y, más recientemente, la Fundación Pública Sanitaria de carácter asistencial Hospital comarcal de Inca, cuya constitución fue autorizada por Acuerdo del Con-

Su régimen jurídico es el establecido por la propia Ley de acompañamiento en el precepto citado, en el que se desglosan algunas de las cuestiones jurídicas más importantes de su regulación, relativas, entre otras, al personal a su servicio, contratación, patrimonio, recursos económicos o régimen presupuestario económico-financiero, declarándose lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la LOFAGE de 1997, como legislación supletoria para lo no previsto en el artículo 111 de la Ley 50/1998. Ante el silencio que guarda al respecto la Ley de medidas de 1998, cabe concluir que resulta de aplicación la LOFAGE a su posible titularidad de potestades administrativas y, por ende, de una hipotética potestad sancionatoria, no reconocida, sin embargo, de forma expresa por la legislación estatal aplicable a estas fundaciones.

Se crea así una nueva categoría organizativa, un *tertium genus* a medio camino entre las reguladas por la LOFAGE, que parece querer recuperar, curiosamente, la fórmula de la fundación pública del servicio regulada en 1955 para el ámbito local⁷¹.

La sustitución de la Ley de Fundaciones de 1994 por la de 2002 no altera lo dispuesto hasta entonces respecto a esta segunda categoría de fundaciones para la gestión sanitaria, de naturaleza declaradamente pública y, por tanto, institucional más que fundacional, en cuanto su Disposición adicional tercera las excluye expresamente de su ámbito de aplicación, remitiéndose al artículo 111 de la Ley de acompañamiento de 1998 y a su normativa específica.

Destaca, en particular, la aprobación del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, por el que se desarrollan las nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, en cuyo Prólogo se justifica la regulación de las fundaciones públicas sanitarias como *tertium genus* ante la “adaptación compleja al ámbito sanitario, dadas las características propias de este sector”, de entidades públicas empresariales y organismos autónomos. En él se regulan ambas figuras, tanto las fundaciones privadas en mano pública como las fundaciones públicas sanitarias, previéndose incluso el proceso para la posible conversión de los centros sanitarios ya existentes en fundaciones públicas sanitarias. Su legalidad fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Supre-

sell de Govern balear de 17 de marzo de 2006. Sobre las soluciones presentes en el Derecho autonómico para la gestión pública a través de la institución fundacional, desde una perspectiva general, vid. Bermejo Latre, J. L. y Mir Puigpelat, O., “Algunas notas sobre las primeras experiencias...”, op. cit., págs. 585 y ss.

⁷¹ Así lo ha subrayado también Vaquer Caballería, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública...*, op. cit., pág. 55. Para Piñar Mañas, J. L., “Tercer Sector: sector público y fundaciones”, op. cit., pág. 294, no cabe duda que el legislador ha huido de la LOFAGE, arrumbándose el modelo organizativo de esta última por una “simple ley sectorial”; se muestra asimismo crítico con el mantenimiento del término “fundación”, que atribuye a la “obcecación” del Ministerio de Sanidad por la figura. Parejo Alfonso, L., Prólogo a Vaquer Caballería, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública...*, op. cit., págs. 10 y ss., habla, en este sentido, de una vuelta sorprendente a la situación organizativa generada por la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, al possibilitarse la existencia de organismos totalmente atípicos “por fruto del ejercicio casuístico y libre de la potestad organizatoria”.

mo de 27 de enero de 2003, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra su enunciado⁷².

Por lo que se refiere a su posible titularidad de la potestad administrativa sancionadora, no cabe duda que las fundaciones privadas en mano pública tienen vedado su disfrute, por estar sujetas a la normativa común aplicable al resto de las fundaciones de iniciativa privada, con las escasas excepciones en las que el propio legislador de 2002 da entrada puntual a la regulación administrativa, tratándose, sin embargo, de una posibilidad abierta y amparada legalmente para las fundaciones públicas sanitarias en cuanto organismos públicos. Su posible ejercicio de la potestad sancionadora se encuentra amparada, en este sentido, por lo dispuesto a estos efectos no sólo en el enunciado del artículo 127 LRJAP y PAC sino en la propia LOFAGE para las entidades públicas empresariales, precisando, además, el artículo 65 g) del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, como contenido mínimo de los Estatutos de la fundación pública sanitaria la “determinación de los órganos a los que se confiere el ejercicio de potestades administrativas”.

En todo caso, tras el traspaso a las Comunidades Autónomas, a partir del 1 de enero de 2002, de las fundaciones y servicios de la organización sanitaria estatal, todas ellas, fundaciones privadas *stricto sensu* y fundaciones públicas sanitarias de naturaleza institucional, se han convertido en fundaciones de competencia autonómica, dependientes, por tanto, de los servicios autonómicos de salud correspondientes⁷³.

E) Administraciones independientes

La razón de ser de los diversos entes que integran la categoría más amplia de la Administración institucional, radica en la pretendida necesidad de articular una organización más amplia y compleja, fundada en la creación de entes instrumentales diversos, con personalidad y capacidad jurídica propia, al menos *ad extra*, para la ges-

72 Vid., en particular, el comentario que realiza a la Disposición adicional tercera de la Ley 50/2002 Vaquer Caballería, M., “Fundaciones públicas sanitarias y fundaciones sanitarias en mano pública”, en Muñoz Machado, S., Cruz Amorós, M. y De Lorenzo García, R. (eds.) *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, 2005, págs. 754 y ss.

73 Destaca, en este sentido, debido a la trascendencia alcanzada por la gestión fundacional privada en el ámbito sanitario gallego con anterioridad, incluso, a la aprobación de la Ley de Fundaciones de 1994, la conversión obligatoria de todas las fundaciones sanitarias constituidas por la Comunidad Autónoma en fundaciones de titularidad y naturaleza pública, conforme a lo exigido por la Disposición adicional séptima de la Ley 5/2000, de 28 de diciembre, de Medidas fiscales y de régimen presupuestario y administrativo, desarrollada en este punto por Decreto 276/2001, de 27 de septiembre. Piñar Mañas, J. L., “Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1, 2000, pág. 76, subraya, en esta línea, la mayor profundidad de la reforma de la gestión sanitaria sustanciada por las Comunidades Autónomas frente a la emprendida en el ámbito sanitario estatal, refiriendo en la nota a pie número 19 algunos de los más de ochenta centros sanitarios autonómicos con personalidad jurídica existentes en aquel momento.

tión de ciertas materias y servicios, inicialmente de la competencia de la Administración pública matriz.

Son varios los “motores” de este proceso organizativo singular⁷⁴. De un lado, la necesidad de alcanzar un alto grado de especialización por parte de la Administración pública en determinadas materias y servicios públicos, así como la convivencia en estos ámbitos de funciones administrativas muy dispares, así, de fomento, control, o regulación. De otro, el efecto financiero que implica la creación de un ente con capacidad patrimonial y “autonomía financiera” propia, excepcionándose, por tanto, el principio de universalidad de los Presupuestos Generales del Estado. Y el traslado, en fin, más acentuado aún si cabe desde los años noventa, de esa evasión de los controles financieros a un campo mucho más amplio, sustanciándose una auténtica huida del ámbito de aplicación propio del Derecho Administrativo⁷⁵. La remisión, en este sentido, del legislador a los estatutos del ente institucional correspondiente para la determinación de su configuración y régimen jurídico facilita, en última instancia, la deserción del campo del Derecho público a favor de la aplicación de excepciones de Derecho privado cada vez más frecuentes y de mayor entidad.

Frente a la corporación y, en particular, a la fundación, que busca subsistir más allá de la extinción inevitable de su fundador, el ente institucional público se caracteriza porque mantiene una relación de dependencia constante y estrecha con esta última⁷⁶. No se integra en la misma organización que la Administración matriz, por lo que no cabe hablar, en principio, de una relación de jerarquía, si bien no cabe negar que hay cierta supremacía por cuanto aquella conserva su capacidad de dirección sobre el ente instrumental creado, cuya autonomía funcional es puramente ejecutiva u operativa⁷⁷.

Y, sin embargo, existe un reducto, el de las denominadas Administraciones independientes, en el que este esquema general se altera de manera sensible. Como tal, son instituciones que han sido desterradas del articulado de la LOFAGE, que tan sólo se refiere tangencialmente a ellas en sus Disposiciones adicionales a fin de remitirse a su legislación específica.

Su origen se remonta al modelo norteamericano inaugurado, hace más de cien años por la *Interstate Commerce Commission*, heredado después por los Estados eu-

74 Siguiendo la exposición de García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 405 y ss.

75 Fernández-Farreres, G., “Administraciones instrumentales”, op. cit., pág. 342, subraya, en este sentido, la finalidad perseguida con su creación de progresiva “flexibilización del régimen de Derecho Administrativo”.

76 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 405.

77 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 416 y ss., sostienen que cabe calificar a esta relación de dirección de tutela administrativa en cuanto relación interadministrativa de supremacía.

ropeos⁷⁸. Su introducción en el ordenamiento jurídico español se remonta al año 1980, con la aprobación de las Leyes 4/1980, de 10 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público de Radio y Televisión; 15/1980, 22 de abril, por la que se crea el Consejo de Seguridad Nuclear; y, 30/1980, de 21 de junio, reguladora de los órganos rectores del Banco de España. Su articulación como entes independizados del Gobierno durante un período de difícil y compleja transición política arraigó con fuerza, dando lugar, tiempo después, a la creación de otros organismos públicos similares, con regímenes jurídicos absolutamente particularizados si bien compartiendo, como rasgo común, una cierta independencia en su funcionamiento⁷⁹.

Y así, la LOFAGE dedica a estas Administraciones independientes sus Disposiciones adicionales 8.ª, en la que se remite el régimen jurídico del Banco de España a su legislación específica, y 10.ª en la que, a modo de cajón de sastre, se establece un mínimo común denominador al régimen jurídico de “determinados organismos públicos”. Entre ellos, en particular, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal.

Lo cierto es, no obstante, que dicho mínimo común resulta insuficiente, por cuanto la Disposición adicional se remite a la legislación específica de cada uno de estos organismos, declarando el carácter supletorio al respecto de la LOFAGE. En cualquier caso, del estudio de sus correspondientes estatutos se desprende que la “independencia funcional” o “especial autonomía” a que se refiere la Ley citada es relativa y precisa de importantes matizaciones, confiándose a estos entes institucionales importantes potestades administrativas entre las que destacan, señaladamente, la reglamentaria y sancionadora.

En efecto, pese a que cada una de estas Administraciones independientes cuenta con su regulación propia, todas comparten una idea de “independencia” que implica, en realidad, una garantía de neutralidad política, de garantía orgánica frente al posible intervencionismo y dirección del Gobierno o de otros intereses afectados⁸⁰. Y

78 Vid., en este sentido, sobre la experiencia italiana y alemana al respecto, García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 410.

79 Fernández-Farreres, G., “Administraciones instrumentales”, op. cit., pág. 348, se refiere a la “creciente complejidad económica, técnica y ética de las actividades propias de los mercados regulados” como causas de su arraigo. Moreno Molina, A. M., *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, BOE, 1995, pág. 304, se refiere, por su parte, a la “confusión y discrepancia” doctrinales a que han dado lugar.

80 Menéndez Menéndez, A., “La financiación privada de la construcción de obras públicas y la nueva regulación del contrato de concesión en su contexto social y económico”, en Menéndez Menéndez, A. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Civitas, 2003, pág. 27, sostiene, además, que “la independencia puramente orgánica en relación

así, esta garantía suele fundarse, en última instancia, en una intervención cualificada de las Cámaras en el control de estos organismos públicos o en el nombramiento de los responsables de su gestión o en la imposibilidad, en fin, de remoción de estos últimos por el Gobierno, salvo causa justificada y tipificada, durante el periodo de su mandato. Y así, dispone la Disposición adicional 10.ª de la LOFAGE que “el Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía”. Potestades recortadas y limitadas, es cierto, pero no, en cualquier caso, inexistentes.

Y así, frente a las voces críticas que denuncian su contradicción con las bases constitucionales del sistema, por cuanto escapan de la dirección política que el artículo 97 de la Constitución encomienda al Gobierno, señaladamente Parada Vázquez⁸¹, García de Enterría y Fernández Rodríguez no dudan en afirmar la inexistencia de “independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales, sino, más bien, un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que la Constitución proclama [...], valores que se entiende serán mejor satisfechos si la gestión de ciertas funciones se pone a cubierto de la lucha política partidista”.⁸²

2. Fundamento y justificación de la potestad sancionadora de los entes institucionales

De las páginas que anteceden se desprende la dificultad de realizar un estudio general de la potestad sancionadora de la Administración institucional, en cuanto existen tantos tipos de entes institucionales como prácticamente entes en sí. Cada uno de ellos cuenta con un régimen jurídico particularizado, en mayor o menor medida, en su propio estatuto, sin responder del todo a tipos normativos predeterminados y regulados con carácter exhaustivo.

De ahí la especialidad y tipicidad predicables, en fin, de los entes institucionales, diversos en su configuración, régimen jurídico y, fundamentalmente, en las funciones

con el poder político de esas nuevas administraciones es relativa y al contrario, en ocasiones, pueden ser potencialmente más permeables que la magnífica y sufrida función pública española al entrismo de ciertos intereses de los sectores regulados”. También Betancor Rodríguez, A., *Las Administraciones independientes*, Tecnos, 1994, págs. 197 y ss., se refiere a la utilización equívoca de los términos independencia y autonomía en relación con estos entes.

81 Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 292. También se refiere a la “problema incardinación constitucional en nuestro sistema” de las Administraciones independientes, si bien desde la perspectiva de la construcción y gestión de obras públicas, Menéndez Menéndez, A., “La financiación privada de la construcción de obras públicas...”, op. cit., pág. 27.

82 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 438.

descentralizadas que se les encomiendan. Mientras unos reciben auténticos poderes públicos, en forma de potestades, así, normativas, de inspección y de sanción, otros, en cambio, tan sólo tienen asignadas facultades de mera gestión⁸³. Su capacidad jurídico-pública es diversa, por tanto, en función de lo dispuesto al respecto en los estatutos correspondientes.

Conviene recordar, en cualquier caso, que algunos entes instrumentales están excluidos expresamente del ejercicio de potestades públicas, por lo que no cabría potestad sancionadora alguna, ni *ad intra* ni *ad extra*, más allá de lo que permita la disciplina en el ámbito laboral de los empleados de la entidad. Tal es el caso de las sociedades mercantiles estatales y de las fundaciones privadas a iniciativa pública.

La potestad de sancionar queda reservada, en sentido estricto, a aquellos organismos públicos (esto es, organismos autónomos, entidades públicas empresariales y Agencias estatales) cuya Ley creadora así lo disponga expresamente. Plantean, en este sentido, un problema particularmente interesante las Administraciones independientes, precisamente por la autonomía y neutralidad que se predica de ellas. Al margen de su etiqueta como entes independientes, en su configuración jurídica se caracterizan porque son organismos públicos, a los que se extiende, en consecuencia, la afirmación anterior respecto a la posibilidad hipotética de ser titulares de una potestad sancionadora *ad extra*.

En algunos casos el organismo público no se limita tan sólo a imponer sanciones, sino que goza, además, de una potestad normativa suficiente para desarrollar la regulación aplicable al régimen jurídico sancionador correspondiente; potestad que al detallar y especificar los supuestos objeto de sanción no se apoya siempre de forma clara en una norma legal previa.

Y así, el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de estos entes instrumentales ha planteado, al igual que en el supuesto abordado *infra* de las sanciones impuestas por los colegios profesionales, la duda acerca de su concreto título habilitante.

A) La relación especial de sujeción

Un interrogante al que se ha enfrentado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 386/1993, de 23 de diciembre, ante la impugnación de la atribución de la potestad sancionadora al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, para defender que “el legislador es libre de otorgar la potestad sancionadora a un ente público”, acudiendo, sin embargo, a la polémica categoría de las relaciones de sujeción especial para justificar esa

⁸³ García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 421 y ss.

decisión. De esta forma, en el supuesto de autos, la potestad sancionadora del Instituto se justifica sobre la base “de los efectos que se otorgan a las auditorías y de la obligación legal de realizarlas”, circunstancias que suponen la discutible concurrencia en este caso de una relación de sujeción especial⁸⁴.

Las relaciones especiales de sujeción representan una construcción dogmática polémica, de aplicación un tanto dudosa, cuando menos, al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración institucional, pero cuya instrumentalización habría de permitir a la jurisprudencia mantener el delicado equilibrio existente en esta materia con el principio constitucional de legalidad⁸⁵.

Si algo ha caracterizado a la categoría es su crecimiento y expansión indiscriminada a ámbitos diversos y muy alejados de los propiamente originarios. Resulta una muestra palpable de ello la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio, en la que se plantea la extensión de la teoría al régimen de prestación del servicio de taxi⁸⁶. Se une así a su carácter casuístico, la complejidad inherente a la ampliación imparabla de la teoría. Se trata de un ensanchamiento que dificulta la conceptualización de la categoría, propiciado, en todo caso, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien muy contestado y combatido por la doctrina, especialmente tras la entrada en vigor de la Constitución, por la vulneración a que conduce de algunos de los elementos esenciales al Estado de Derecho⁸⁷.

84 Fundamento jurídico 5.

85 El origen histórico de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción se sitúa en el ordenamiento jurídico alemán, debiéndose su formulación y adopción en la esfera del Derecho administrativo, fundamentalmente, a Otto Mayer. En este sentido, Mayer, O., *Derecho administrativo alemán*, Tomo I, Depalma, 1982, pág. 144. Sobre los antecedentes de la teoría clásica de la relación especial de sujeción, su evolución en la dogmática alemana y su introducción en España, vid., por todos, García Macho, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, 1992, págs. 23 y ss.; Lasagabaster Herrarte, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, 1994, págs. 39 y ss.; y, López Benítez, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, 1994, págs. 45 y ss. Ya en el ordenamiento español, el concepto ha sido calificado de “absolutamente ambiguo” por Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, págs. 763 y 792, debido a la diversidad de supuestos que se han cobijado bajo el mismo y a los distintos tratamientos que, en consecuencia, reciben. Se trata de una opinión compartida por García Macho, R. *Las relaciones de especial sujeción...*, op. cit., págs. 49 y ss., a la vista de los cuatro colectivos a los que se aplicaba originariamente esta categoría (funcionarios, presos, soldados y alumnos).

86 Vid. sobre la misma, Alegre Ávila, J. M., “Relaciones especiales de sujeción, legalidad sancionadora y servicios públicos”, en Cosculluela Montaner, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, 2003, págs. 759 y ss.

87 García Macho, R., “En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”, *REDA*, 64, octubre-diciembre 1989, pág. 527, denuncia la utilización de la categoría por el Tribunal Supremo, “sin un conocimiento de su contenido y límites en la actualidad, es decir, a ciegas”. Coincide también en este juicio de valor negativo Jiménez-Blanco, A., *Derecho público del mercado de valores*, CEURA, 1989, pág. 145. En su estudio, ya clásico, sobre la materia, Gallego Anabitarte, A., “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración”, *RAP*, 34, enero-abril 1961, págs. 24 y ss., sostiene, ante su expansión e indeterminación, que “cualquier definición de la relación especial de sujeción será siempre insuficiente y, por tanto, inútil”. En idéntico sentido, Betancor Rodríguez, A., *Las Administraciones independientes*, op. cit., pág. 251; Fernández Rodríguez, T. R., “El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis”, en Fernández Rodríguez, T. R. (dir.), *Comentarios*

La supervivencia de la categoría y su idoneidad en ciertos ámbitos de la organización administrativa está fuera de toda duda, si bien por su afectación a la seguridad jurídica, en cuanto que restringe el ejercicio de los derechos fundamentales de los sujetos incluidos en ese círculo, y su limitación del principio de legalidad, debe aplicarse e interpretarse de forma mucho más restrictiva, acorde a las exigencias que incorpora el texto constitucional⁸⁸.

La regulación de la potestad sancionadora en el ámbito institucional se caracteriza, precisamente, por su fragmentación y consiguiente dispersión normativa. La proliferación de normas de rango reglamentario, la regulación de muchos de los deberes, obligaciones y requisitos a cumplir por terceros en normas dictadas por entes institucionales y, en particular, por Administraciones independientes, ponen desde fechas tempranas en un serio aprieto a los Tribunales a la hora de aplicar a su actuación sancionadora los principios consagrados en la Constitución de 1978⁸⁹.

Así, la observancia estricta en este ámbito del principio de legalidad que se desprende del artículo 25 de la Constitución, habría supuesto un duro revés al sistema preconstitucional de intervención, supervisión y disciplina administrativa articulado al efecto en múltiples ámbitos sectoriales. De ahí la obstinada búsqueda por el Tribunal Supremo de un título habilitante que permitiera afianzar, en defensa del interés general, los poderes extraordinarios de intervención que corresponden en muchas ocasiones a entes institucionales, y excepcionar, en consecuencia, las exigencias implícitas en el artículo constitucional citado a fin de dar paso a un cierto relajamiento de la reserva de ley que tal precepto impone en materia sancionadora⁹⁰.

a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, CECA, 1991, pág. 19; y Baño León, J. M.ª, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, Civitas, 1991, pág. 207.

88 En este sentido, García Macho, R., *Las relaciones de especial sujeción...*, op. cit., pág. 209; y Jiménez-Blanco, A., “Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *La Ley*, 1988, Tomo II, pág. 989. Ofrece, asimismo, una interpretación restrictiva de las relaciones especiales de sujeción en el ámbito de la función pública Quintana López, T., “El principio “*non bis in idem*” y la responsabilidad administrativa de los funcionarios”, *REDA*, 52, octubre-diciembre 1986, págs. 587 y ss.

89 Cabe recordar la controversia doctrinal surgida, en este sentido, en torno al significado normativo de las Circulares del Banco de España, condensada en sendos artículos de Parada Vázquez, R., “Valor jurídico de la Circular”, *RDBB*, 2, abril-junio 1981, y, Fernández Rodríguez, T.-R., “Los poderes normativos del Banco de España”, *RDBB*, 13, enero-marzo 1984.

90 García Macho, R., *Las relaciones de especial sujeción...*, op. cit., págs. 224 y ss., afirma que el Tribunal Supremo utiliza el concepto de las relaciones de especial sujeción para “ablandar el principio de legalidad”. También Malaret i García, E., *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas, 1991, pág. 399, subraya la función desarrollada por la categoría para “atemperar e incluso excluir el juego del principio de reserva de ley en determinadas esferas”, tras un proceso conceptual desarrollado *ex post* en el que “se trataba de justificar *a posteriori* una actuación administrativa”. En idéntico sentido, De Fuentes Bardají, J. (dir.) *et al.*, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Aranzadi, 2009, págs. 128 y ss.

Se explica así el razonamiento que acoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1985 respecto a la potestad sancionadora del Banco de España, cuando afirma que “merece especial atención el incumplimiento de Circulares, instrucciones y requerimientos procedentes del Banco de España en el caso presente, pues la recurrente argumenta en base a hipotética falta de tipicidad de las infracciones sancionadas sin tener en cuenta que en la relación con la Administración hay que distinguir la de los administrados en general y las de aquellas personas individuales o jurídicas que están vinculadas a ella por una especial relación jurídica que la doctrina califica de dominación, procedente de un vínculo como el de los funcionarios, el de los concesionarios de servicios u obras o de otra clase como ocurre precisamente con la relación de banqueros que han de inscribirse en un Registro especial sin cuya inscripción no pueden operar, inscripción que las somete a la inspección y vigilancia del Banco de España cuya actuación de este expediente está respaldada por la Administración al aceptar la propuesta de sanción”⁹¹.

Una idea en la que profundiza al hacerse eco, a continuación, de la admisión doctrinal del “poder sancionador de la Administración en relación con la denominada autotutela de las relaciones especiales”, para concluir que “cuando la sanción consiste en dar por terminada la situación de concesión o autorización previamente concedida por la Administración no puede hablarse de confiscación como se pretende por la recurrente, pues la disolución es la consecuencia ineludible de la exclusión del Registro especial de banqueros exigible legalmente para iniciar dicho oficio, siempre bajo la vigilancia del Banco de España, lo que implica como ya se expuso la aceptación de una normativa específica para el ejercicio de su actividad en el ramo”⁹².

La finalidad última de la Sentencia, esto es, la búsqueda de un título que justifique la intervención más cualificada de una Administración independiente en el ámbito de los intermediarios financieros, caso del Banco de España, dio lugar, en última instancia, a un cierto confusionismo en la jurisprudencia del Tribunal, que junto a las “relaciones especiales de poder”, ha empleado otros conceptos de alcance o contenido difuso. Cita así en su jurisprudencia los “ámbitos de autoprotección administrativa”, los “ordenamientos especiales en que se ingresa voluntariamente” o las “esferas específicas de intervención administrativa ordenadas por la ley respecto de determinadas actividades necesitadas de especial protección y garantía”. Utilizados indistintamente, sirven para justificar, en el caso de autos, la relajación del principio de legalidad y el consiguiente establecimiento de sanciones administrativas por una Administración independiente al amparo de una norma sin rango de ley⁹³.

La extensión de las relaciones especiales de sujeción al sector crediticio, reiterada posteriormente en otras Sentencias tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo, fue muy criticada en el ámbito doctrinal, fundamentalmente por la

91 Considerando octavo.

92 Considerando noveno.

93 En idéntico sentido, Lasagabaster Herrarte, I., *Las relaciones...*, op. cit., págs. 319 y ss.

lejanía de esta teoría, que había nacido en el ámbito de la disciplina militar y funcional, respecto de las entidades de crédito⁹⁴. Fernández Rodríguez se hace eco, en este sentido, de la “precariedad teórica” de la construcción, una objeción a la que tilda, por otra parte, de “bien evidente”⁹⁵.

La jurisprudencia se aleja así de la doctrina del Consejo de Estado, mucho más tajante en su defensa a ultranza de las consecuencias y limitaciones que derivan para el ámbito administrativo sancionador y, en concreto, para la potestad reglamentaria del principio constitucional de legalidad. Merece la pena citar, en este sentido, su Dictamen de 1 de julio de 1982.

Y, sin embargo, pese a lo afirmado por nuestro máximo órgano consultivo y a las críticas doctrinales a la Sentencia de 18 de febrero de 1985, la Audiencia Nacional insiste a los pocos meses, en su Sentencia de 1 de julio de 1985, en la doctrina de las relaciones de especial sujeción, en una Sentencia relativa también al ámbito crediticio y, en este caso, a la legalidad de una sanción impuesta por la Administración a uno de los dirigentes de una entidad de crédito⁹⁶.

También el Tribunal Supremo tuvo ocasión de referirse de nuevo a esta doctrina, que late en el fondo de las Sentencias de 14 de mayo de 1986, relativa a la revocación de la autorización administrativa del Banco del País S. A., y de 7 de octubre de 1988, concerniente a la destitución e inhabilitación para el desempeño de funciones iguales o similares de varios miembros del Consejo Rector de la Caja Rural Provincial de Baleares.

El problema no está tanto en la admisibilidad actual de la construcción, como en la determinación del tipo e intensidad de las limitaciones que autoriza a imponer sobre los sujetos vinculados por ella y, sobre todo, en la verificación de su ámbito o, dicho de otro modo, de los supuestos en que tal relación especial existe, en cuanto la teoría de la relación especial de sujeción debiera estar restringida, como lo estuvo en sus orígenes, al ámbito exclusivo de las relaciones internas de la Administración⁹⁷.

Son palmarias las razones que llevan a excluir la relación de los ciudadanos con los entes instrumentales de la Administración y el ejercicio de la potestad sancionato-

94 López Benítez, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, op. cit., pág. 239, subraya cómo el sector bancario ha sido uno de los sectores preferidos por la jurisprudencia para “teorizar” sobre las relaciones especiales de sujeción.

95 Fernández Rodríguez, T. R., “El ordenamiento crediticio y bancario español...”, op. cit., pág. 19. En una posición similar se sitúa Suay Rincón, J., “Alcance del principio de legalidad en materia sancionadora y su eficacia en el ámbito del crédito”, *RDBB*, 34, abril-junio 1989, pág. 399.

96 Vid., en particular, su considerando quinto.

97 Vid. García de Enterría, E., “Significado general del Anteproyecto de Ley sobre Vigilancia y Supervisión de Entidades Financieras”, *RDBB*, 28, octubre-diciembre 1987, pág. 703. Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de...*, op. cit., pág. 792, concluye, no sin cierta ironía, que su expansión incontrolada es inadmisibles, por cuanto “resultaría que las relaciones especiales constituirían la regla general, y la relación general, la excepción”.

ria por parte de estos últimos del ámbito concreto de las relaciones especiales de sujeción. El pronunciamiento que contiene en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1985 no puede ser más desafortunado, razón por la que debe ser interpretada restrictivamente y a la luz de las circunstancias concretas que dieron lugar a su alumbramiento⁹⁸.

Aun dejando al margen la idoneidad o no de la aplicación de la categoría de las relaciones especiales de sujeción a la potestad sancionadora en manos de los entes institucionales, lo cierto es que se trata de una opción que tampoco ofrece una resolución pacífica a todas las cuestiones abiertas en este ámbito. Sirvan así como muestra y síntesis final los interrogantes planteados al respecto por SUAY RINCÓN: ¿hasta dónde puede llegarse con las relaciones especiales de sujeción?, ¿cuáles son los límites de la relajación?, ¿afecta sólo al principio de reserva de ley o afecta también al principio de tipicidad?, ¿es aplicable sólo a las infracciones o cabe extenderlo asimismo al ámbito de las sanciones?, ¿podría llegar hasta el extremo de justificar una ausencia total y absoluta de ley?⁹⁹ Cuestiones, todas ellas, de muy difícil respuesta y en las que inciden de manera decisiva las matizaciones y modulaciones articuladas jurisprudencialmente al respecto.

B) El ordenamiento sectorial

Las críticas doctrinales vertidas a la expansión incontrolada de la categoría de las relaciones de sujeción especial motivaron que la línea jurisprudencial establecida en la Sentencia de 18 de febrero de 1985 se viera progresivamente superada. Por lo que se refiere al ámbito crediticio, en el que la potestad sancionadora del Banco de España ha planteado numerosos e importantes conflictos a la jurisprudencia, la rectificación definitiva del desconcierto que inaugura la Sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 1985 pasa por acogerse a la doctrina de los ordenamientos seccionales o sectoriales¹⁰⁰.

No en vano, el sector del crédito, sobre el que versa la Sentencia, se ha caracterizado a lo largo de su evolución por un proceso paulatino que partiendo de una autonomía inicial prácticamente absoluta, ha desembocado finalmente en una minuciosa intervención pública y en un control férreo de las entidades que lo integran. Y así, la confluencia en ellas de una naturaleza estrictamente privada y de elementos y objetivos de trascendencia indudablemente pública se comprendería, en última instan-

98 Para Michavila Núñez, J. M.³, ““Relación especial de sujeción” en el sector crediticio y Estado de Derecho”, *REDA*, número 54, abril-junio 1987, págs. 245 y ss., esta Sentencia y las posteriores que la secundan no son sino resoluciones individualizadas, forzadas por la necesidad de paliar *ad hoc* las deficiencias del entonces vigente ordenamiento jurídico del crédito y las circunstancias imperantes en el sector bancario.

99 Suay Rincón, J., “Alcance del principio de legalidad...”, *op. cit.*, pág. 408.

100 Para López Benítez, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, *op. cit.*, pág. 157, no cabe duda que su confusión inicial con la teoría de la relación especial de sujeción explicaría la ampliación de esta última.

cia, por su inclusión en un ordenamiento sectorial específico y propio, que justificaría su sujeción a una potestad cualificada de inspección y sanción en manos de un ente institucional independiente, esto es, el Banco de España¹⁰¹.

Cabe apreciar la aceptación y plasmación normativa de esta teoría del ordenamiento sectorial en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito (en adelante LDIEC)¹⁰². Su Exposición de motivos recoge la necesidad de un control cualificado en el marco del crédito, al afirmar “la absoluta necesidad de someter las Entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, en general mucho más intenso que el que soporta la mayoría de los restantes sectores económicos”, vinculando la eficacia de las normas a “la existencia de unas facultades coercitivas suficientes en manos de las autoridades supervisoras de las entidades financieras, cuyo desarrollo, a través de un régimen adecuado de sanciones administrativas, debe cerrar el sistema regulador”.

El artículo 1 delimita en su párrafo 2 el concepto de entidad de crédito, sometida a las potestades de control, supervisión, disciplina e intervención que establece el texto legal, estableciendo además, en su párrafo 5, lo que debe entenderse por “normas de ordenación y disciplina”. Se da cabida con ello a una normativa interna propia y exclusiva del sector crediticio, la derivada, en fin, de las Circulares y disposiciones dictadas por el Banco de España¹⁰³, lo que quedaría definitivamente afianzado en la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, que subraya el papel director que corresponde a este último¹⁰⁴.

En realidad, la LDIEC somete por vez primera a todas las entidades de crédito a un régimen común de supervisión y control¹⁰⁵, lo que no anula, bajo ningún concepto,

101 Vid., en idéntico sentido, y desde la perspectiva de la aplicación de la teoría del ordenamiento sectorial al mercado bursátil, Fuertes López, M., *La comisión nacional del mercado de valores*, Lex Nova, 1994, págs. 64 y ss.

102 Albiñana Cilveti, C., y Suay Rincón, J., “Comentario al artículo 25”, en Fernández Rodríguez, T.-R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, CECA, 1991, págs. 98 y ss.

103 Dispone el artículo 1.5 que “se consideran normas de ordenación y disciplina las Leyes y disposiciones administrativas de carácter general que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito y de obligada observancia para las mismas. Entre tales disposiciones se entenderán comprendidas tanto las aprobadas por órganos del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en la materia, como las Circulares aprobadas por el Banco de España, en los términos previstos en esta Ley”.

104 El artículo 3.1 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, dispone que “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.3 el Banco de España podrá dictar las normas precisas para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 7.3 desarrolladas en la sección 1ª. y el artículo 15 del capítulo II de esta Ley, que se denominarán ‘Circulares monetarias’. Asimismo, para el adecuado ejercicio del resto de sus competencias podrá dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Tales disposiciones se llamarán ‘Circulares’”.

105 Así lo sostiene Sánchez Calero, F., “La delimitación de la figura de “entidad de crédito” y la de otros sujetos”, *RDBB*, 28, octubre-diciembre 1987, pág. 717. Una tendencia en la que incide también la regulación posterior del Banco de España, tal y como subrayan Trujillo, M.ª J., *La potestad normativa del Banco*

la existencia de peculiaridades y diferencias organizativas entre unas y otras merecedoras de regulaciones específicas diversas.

En cualquier caso, el valor actual de la doctrina del ordenamiento sectorial para el ámbito crediticio radica, no tanto en esa supuesta exclusión del principio de legalidad a que podría llevar en última instancia, sino en la explicación que ofrece de una realidad incontestable: la acentuada intervención y supervisión pública en un ámbito y sobre entidades exclusivamente privadas, lo que se traduce, en ocasiones, en la dirección u orientación general de su actividad¹⁰⁶.

El éxito, en su momento, de la conceptualización del crédito como ordenamiento sectorial ha radicado en que ofrecía una explicación suficiente de la relación existente entre las entidades de crédito y la Administración, concretamente el Banco de España, e incluso entre aquellas mismas¹⁰⁷, así como la intensidad de las facultades de supervisión, control, disciplina y sanción que ha configurado el ordenamiento jurídico para este ámbito¹⁰⁸.

C) *Conclusión*

El ejercicio de la potestad administrativa sancionadora por parte de los entes instrumentales ha llevado, en líneas generales, a una cierta flexibilización de las garantías exigidas al Derecho administrativo sancionador, especialmente del principio de legalidad. La jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como, con posterioridad, del Constitucional, se ha esforzado, en pro de la eficacia administrativa y de un cierto pragmatismo fundado en la realidad del funcionamiento de las Administraciones institucionales, en buscar el título que justificara tal relajación y, por tanto, la correlativa disminución de las precauciones constitucionales en el ejercicio de esos poderes desorbitantes por parte de entes instrumentales.

No cabe duda, en este sentido, que, pese a la virtualidad que pudieron tener en su momento las categorías de la relación jurídica de sujeción especial o del ordenamiento sectorial, en cuanto justificativas a una intervención pública cualificada en

de España. *El régimen dual establecido en la Ley de Autonomía*, Banco de España, 1995, págs. 34 y ss.; y, Pomed Sánchez, L., “Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su Reglamento interno”, *RDBB*, 67, julio-septiembre 1997, págs. 682 y ss.

106 En este sentido, sobre la aplicación de la teoría de los ordenamientos sectoriales al ámbito particular del crédito, Franch I Saguer, M., *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Civitas, 1992, pág. 417; y, Malaret i García, E., *Régimen jurídico-administrativo de...*, op. cit., pág. 405.

107 Fernández Rodríguez, T. R., “El ordenamiento crediticio y bancario español...”, op. cit., pág. 20.

108 García de Enterría, E., “Significado general...”, op. cit., pág. 704, subraya como “en muchos sectores de la economía existen intervenciones administrativas, hay ordenamientos sectoriales, como con un tecnicismo un poco pedante solemos decir los administrativistas, [...] ordenaciones que regulan la actividad en el sector y que definen determinadas potestades administrativas de intervención, de estímulo, de subvención, de control, sancionatorio también”.

ciertos ámbitos, son insuficientes como apoyatura actual para la potestad sancionatoria institucional.

Es más, quizá sea del todo irrelevante la búsqueda de un título de estas características, todo caso que el poder sancionatorio no es algo consustancial a su existencia, sino una potestad de la que disponen en ciertos casos, dependiendo de su articulación y encaje concreto en la compleja tipología de los entes instrumentales y de lo dispuesto al efecto, en última instancia, por su Ley creadora y norma estatutaria¹⁰⁹.

La legitimación de las sanciones impuestas, en este sentido, por los organismos públicos radica, en última instancia, en el reconocimiento constitucional de la potestad administrativa sancionadora, en su concreción en el enunciado de la LRJAP y PAC, que amplía su titularidad más allá de las Administraciones territoriales para alcanzar a las Administraciones de naturaleza instrumental y, en última instancia, en sus Leyes creadoras, que con su reconocimiento expreso pueden erigirlas legítimamente en titulares de la potestad administrativa sancionadora.

Es la propia Constitución la que legitima, en definitiva, la intervención pública sobre el interés general, siendo también el texto constitucional el que establece los límites concretos a esa injerencia pública¹¹⁰. La búsqueda jurisprudencial de otros títulos se ha debido no tanto a la necesidad de legitimar *stricto sensu* su ejercicio como de justificar una relajación, en muchas ocasiones injustificada, de aquellos principios generales que, desde el artículo 25 de la Constitución, han de pautar el ejercicio de la potestad sancionadora por todas las Administraciones públicas. Y así, no cabe sino concluir que ha habido quizá en la construcción del Derecho Administrativo sancionador un uso abusivo de los principios¹¹¹, pero también, por lo que se refiere al ámbito de las sanciones impuestas por los entes instrumentales de las Administraciones públicas, un claro abuso derivado de su no aplicación o de su interpretación claramente restrictiva.

IV. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

Las corporaciones de derecho público, agrupadas bajo la etiqueta de Administración corporativa, son entes de base asociativa en los que la presencia de un inte-

109 Y así, desde la perspectiva concreta del sector crediticio, Betancor Rodríguez, A., *Las Administraciones independientes*, op. cit., págs. 140 y ss., sostiene la oportunidad de abandonar la construcción italiana del ordenamiento sectorial, muy útil en tiempos pasados ante la falta de apoyatura legal de determinados poderes del Banco de España, pero completamente innecesaria en el presente ante la “rotunda afirmación del principio de legalidad” que representa en este campo la LDIEC. Y así, “es tan rotunda esta proclamación que ya no es necesario acudir a esta doctrina para cubrir determinados desfallecimientos de las normas, particularmente en lo que se refiere al poder reglamentario y al sancionador”.

110 Por todos, Fernández Rodríguez, T. R., “Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva”, *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, 1989, págs. 414 y ss.

111 Siguiendo en este punto a Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., págs. 42 y ss.

rés público más amplio ha motivado su consideración tradicional como Administración *secundum quid*¹¹². Una calificación que plantea, en cualquier caso, cuestiones e incógnitas diversas, tratadas desde hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo en relación a los colegios profesionales, y que ha motivado, en última instancia, cierta insatisfacción con la opción ya tradicional de extender el manto administrativo a la corporación en función de la naturaleza o el carácter concreto de la facultad corporativa ejercitada y de los intereses realmente afectados en cada supuesto¹¹³.

Y así, el ejercicio de potestades públicas por parte de estas corporaciones y, en especial, de la potestad administrativa sancionadora, está rodeada de numerosos interrogantes que tienden a multiplicarse aún más ante el desdibujamiento de los contornos tradicionales de estas entidades. La ampliación de sus contornos, a fin de acoger una pluralidad creciente de entidades, la matización e incluso desaparición de algunos de sus caracteres originarios más característicos, como, por ejemplo, la adscripción obligatoria, dificultan cada vez más su consideración administrativa y plantean problemas a la configuración y el ejercicio de algunos de los poderes públicos de cuya titularidad han disfrutado tradicionalmente¹¹⁴.

1. La compleja diversidad de las corporaciones de derecho público

Los apartados 1 y 2 del artículo 15 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, de Proceso Autonómico, establecen, respectivamente, los principios de actuación de las Comunidades Autónomas competentes en materia de corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos y profesionales. La Ley cita expresamente entre las primeras a las Cámaras Agrarias, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras de la Propiedad Urbana y Cofradías de Pescadores, “con estas denominaciones u otras similares”, reservando, en cambio, la segunda referencia a los colegios profesionales.

Ambas categorías encuentran apoyo constitucional expreso en los artículos 36 y 52 de nuestra Carta Magna. Por lo que se refiere al primero de los preceptos citados, recoge entre los derechos y deberes de los ciudadanos enunciados en la Sección 2.ª

112 Fernández Rodríguez, T.-R., *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*, IEAL, 1972, págs. 35 y ss.

113 Para Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 295, se trata de un supuesto singular de “hermafroditismo organizativo”.

114 Fernández-Farreres, G., “Corporaciones de Derecho público”, en *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, 2004, págs. 366 y ss., subraya, en este sentido, la coexistencia de un gran número de corporaciones de Derecho público que, pese a todo, “no responden, más allá del mero *nomen iuris*, a un modelo definido de organización”. A todo ello se suma, además, en los últimos tiempos, el debate abierto entre nosotros por la forma en que habrá de afectar a estas corporaciones, en particular, a las organizaciones colegiales, la transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

del Capítulo II del Título I, la remisión expresa a la regulación por norma con rango de ley de “las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”, sancionando, además, el carácter democrático de “la estructura interna y el funcionamiento de los colegios”. También el artículo 52 dispone, por su parte, al hilo del listado de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución, que “la ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios”, estableciendo, asimismo, el carácter democrático de “su estructura interna y funcionamiento”.

Los colegios profesionales son, en este sentido, la corporación profesional de Derecho público por excelencia, erigida en representación y para la defensa del colectivo correspondiente, de sus intereses y, en definitiva, de sus derechos y deberes. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación ocupan, por su parte, un lugar destacado en la constelación de las corporaciones representativas de intereses económicos, tras el lento e inexorable declive de las Cámaras de la Propiedad Urbana y de las Cámaras Agrarias. Las comunidades de usuarios de recursos hidráulicos¹¹⁵, juntas de compensación¹¹⁶, cofradías de pescadores o denominaciones de origen son, asimismo, corporaciones que asumen e inciden, indudablemente, sobre intereses económicos y patrimoniales diversos de primer orden¹¹⁷. Ahora bien, no conviene cerrar esta primera aproximación a los entes corporativos sin hacer al menos mención a las incógnitas planteadas, en particular, por la propia naturaleza y configuración de las federaciones deportivas o, en fin, al significado social de las capitales funciones asistenciales desempeñadas por la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE)¹¹⁸.

En cualquier caso, la creación del ente corporativo como persona jurídica de especial naturaleza a la que se atribuyen fines de naturaleza pública deriva siempre de los propios poderes públicos, aun cuando pueda ser promovida inicialmente por los sectores sociales interesados. Así lo ha destacado el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 132/1989, de 18 de julio¹¹⁹.

115 En particular, las comunidades de regantes.

116 U otras entidades urbanísticas colaboradoras previstas en la legislación autonómica.

117 Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho administrativo general*, Iustel, 2004, T. I, pág. 501, se refiere aquí incluso a las asociaciones administrativas de propietarios de fincas forestales.

118 López Benítez, M., y Rebollo Puig, M., “Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18 de la Constitución a entes no administrativos”, en Pérez Moreno, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, 1994, T. I, pág. 509, hacen hincapié, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la clasificación de las entidades asociativas, en función del “escalonamiento en la intensidad de la intervención de los poderes públicos” sobre las mismas, en “simples asociaciones”, “asociaciones privadas de configuración legal a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo” (federaciones deportivas) y otras que, partiendo de su naturaleza como asociaciones de clase peculiar o especial, “pueden llegar a ser configuradas en determinados supuestos como corporaciones de Derecho público, pasando a tener personalidad jurídico-pública”.

119 En particular, su fundamento jurídico 6.

La corporación de Derecho público es el resultado, en consecuencia, de un acto de poder, del que derivan las funciones públicas encomendadas al ente corporativo, pero también su singular régimen jurídico, mixto por cuanto reúne elementos propios de los ámbitos público y privado, su sujeción a la jurisdicción contencioso-administrativa en las controversias que se susciten en relación con su ejercicio de funciones públicas, así como la acción de tutela en ciertas cuestiones de la Administración pública correspondiente sobre el ente corporativo¹²⁰.

La expansión incontrolada y regulación frenética de los entes susceptibles de ser encuadrados entre este tipo de corporaciones de Derecho público ha ido acompañada, no obstante, de una progresiva matización de muchos de sus caracteres originarios. Y así, entre los escasos rasgos comunes que cabía predicar de todas las corporaciones de Derecho público han destacado, tradicionalmente, la función de representación corporativa de los intereses del sector y su adscripción obligatoria, caracteres diluidos, sin embargo, con el paso del tiempo al socaire de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, así ha sucedido respecto a las Cámaras Agrarias, reguladas hasta no hace mucho por Ley 23/1986, de 24 de diciembre. Descartada la constitucionalidad de la adscripción obligatoria a las mismas por Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de julio, su lento declinar desde entonces se salda definitivamente con la aprobación de la Ley 18/2005, de 30 de septiembre, por la que se deroga la Ley básica estatal de 1986. La derogación no supone la desaparición, en cualquier caso, de las Cámaras, cuestión que entra dentro del marco de decisión de las Comunidades Autónomas, sino tan sólo la eliminación de la regulación estatal al respecto, que confía a las organizaciones profesionales agrarias, conforme a la Disposición transitoria 1.ª de la Ley de 2005, las funciones de “representación institucional, reivindicación y negociación en defensa de los intereses profesionales y socioeconómicos de los agricultores y ganaderos”. Corresponde, en consecuencia, a cada Comunidad Autónoma, en el ejercicio de sus competencias, decidir sobre la supresión o el mantenimiento de las Cámaras Agrarias en su ámbito territorial, su régimen jurídico y, en su caso, el aplicable a su posible disolución y liquidación¹²¹.

120 Vid., en este sentido, Lesmes Serrano, C., “Tutela de la Administración corporativa”, en Requero Ibáñez, J. L. (dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, 2001, págs. 131 y ss.

121 Así, entre las Comunidades Autónomas que han optado por disolver y liquidar las Cámaras Agrarias existentes en su ámbito territorial destacan, en particular, Extremadura, por Ley 3/1997, de 20 de marzo; Galicia, por Ley 1/2006, de 5 de junio; La Rioja, por Ley 11/2006, de 27 de diciembre; País Vasco, por Ley 13/2007, de 27 de diciembre; Murcia, por Ley 5/2008, de 13 de noviembre; o, la Comunidad Foral de Navarra, por Ley 21/2008, de 24 de diciembre. Otras, en cambio, mantienen su calificación expresa como corporaciones de Derecho público. Así, las Comunidades Autónomas de Cataluña, en el artículo 2 de la Ley 17/1993, de 28 de diciembre; Castilla y León, artículo 1 de la Ley 1/1995, de 6 de abril; Aragón, artículo 2 de la Ley 2/1996, de 14 de mayo; Castilla-La Mancha, artículo 2 de la Ley 1/1996, de 27 de junio; el Principado de Asturias, artículo 1 de la Ley 3/1997, de 24 de noviembre; Cantabria, artículo 2 de la Ley 3/1998, de 2 de marzo; o, la Comunidad de Madrid, artículo 1 de la Ley 6/1998, de 28 de mayo.

Mayor ha sido la debacle de las Cámaras de la Propiedad Urbana¹²². Suprimido su carácter de corporaciones de Derecho público por la Disposición final 10.^a de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, la Sentencia del Tribunal Constitucional 178/1994, de 16 de junio, declaró la inadecuación y consiguiente inconstitucionalidad de la Ley presupuestaria como marco normativo para sancionar su liquidación¹²³.

Sostuvo, no obstante, la constitucionalidad de su supresión con carácter básico como corporaciones de Derecho público, de forma que, al amparo de sus competencias propias en esta materia, “las Comunidades Autónomas mantienen intacta su facultad de actuación para dotar a las organizaciones de propietarios de fincas urbanas del régimen jurídico que consideren procedente, con la sola limitación de que ese régimen jurídico no sea el de las corporaciones de Derecho público, lo que ha quedado expresamente excluido por la legislación del Estado”¹²⁴.

En cumplimiento de lo dispuesto por este pronunciamiento constitucional, el Estado aprueba el Real Decreto-ley 8/1994, de 5 de agosto, suprimiendo las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y su Consejo Superior como corporaciones de Derecho público y estableciendo el régimen y destino del patrimonio y personal de las mismas¹²⁵. Las Comunidades Autónomas han optado mayoritariamente por continuar la línea estatal, sancionando su desaparición en el ámbito autonómico correspondiente¹²⁶, si bien cabe citar algunas Comunidades Autónomas en las que persiste aún, si bien reconducida a los más estrechos márgenes de la asociación de Derecho privado¹²⁷.

122 Del Saz, S., *Los colegios profesionales*, Marcial Pons, 1996, págs. 101 y ss., se refiere a la “filosofía “anticorporativista”” que llevó a sucumbir a las Cámaras Oficiales Agrarias y a las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y da cuenta de su lenta decadencia. Se refiere, asimismo, en otro lugar, DEL SAZ, S., “La liquidación de las Cámaras de la Propiedad Urbana”, en Pérez Moreno, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, 1994, T. I, págs. 809 y ss., a la discutible naturaleza corporativa, en cualquier caso, de las Cámaras de la Propiedad Urbana por cuanto el “único elemento que podía considerarse realmente público [en ellas] era la obligatoriedad de la afiliación y, consiguientemente, del pago de las cuotas, pues en todo lo demás estaban sujetas al Derecho privado sin que contasen con ninguna prerrogativa del poder público o exorbitancias en más respecto del Derecho común”.

123 Fundamento jurídico 5.

124 Fundamento jurídico 4. Un pronunciamiento acorde, por lo demás, con la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/1994, de 14 de abril, en el que se excluye la adscripción obligatoria a estas Cámaras por entender que encauzan un interés social “difuso”, de naturaleza “sectorial”, en cualquier caso, pero sin que quepa hablar en ellas de la representación de intereses propiamente públicos o, tan siquiera, generales.

125 Norma complementada por el Real Decreto 2308/1994, de 2 de diciembre, que establece el régimen y destino del patrimonio y personal de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y de su Consejo Superior.

126 Así, los Decretos 16/1991, de 21 de enero, de la Comunidad Valenciana; 62/1994, de 28 de octubre, de La Rioja; 7/1995, de 26 de enero, de Aragón; 145/1995, de 24 de mayo, de Canarias; 80/1995, de 29 de agosto, de Castilla-La Mancha; 86/1996, de 20 de febrero, de Andalucía; 178/1996, de 15 de abril, de la Comunidad Foral de Navarra; 1/1997, de 9 de enero, del Principado de Asturias; 46/1999, de 11 de febrero, de Galicia; 97/2000, de 30 de junio, de Islas Baleares; 17/2003, de 13 de febrero, de la Comunidad de Madrid; 0, 15/2006, de 31 de enero, del País Vasco.

127 Así, en particular, la regulación sancionada por la Ley 5/2006, de 16 de junio, de Cámaras de la Propiedad Urbana de Castilla y León y su Consejo General.

No en vano, el Alto Tribunal ha sancionado, incluso, la posibilidad de que las bases estatales para las diversas categorías de corporaciones de Derecho público sean distintas, aceptando la existencia de una teoría común a todas ellas, pero admitiendo también que la legislación básica pueda regular aspectos singulares propios y diversos para cada tipo de ente corporativo¹²⁸. Así se desprende, en particular, de su Sentencia 132/1989, de 18 de julio¹²⁹.

Y así, frente a la decadencia en cuanto corporaciones públicas de las Cámaras Agrarias y las Cámaras de la Propiedad Urbana, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación conservan, en cambio, su configuración y buena parte de sus notas corporativas tradicionales¹³⁰. Así se desprende, en particular, del enunciado de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, cuyo artículo 2 se refiere, en particular, a las “funciones de carácter público-administrativo” de estas Cámaras, y de la legislación autonómica de desarrollo aprobada en la materia¹³¹.

La afirmación de su naturaleza corporativa no ha estado, sin embargo, exenta de polémica y conflictividad. Y así, destaca la rotundidad con que altera el Tribunal Constitucional el rumbo y la orientación de su doctrina a fin de dar cabida a la constitucionalidad de la Ley básica de 1993. Si en su Sentencia 179/1994, de 16 de junio, había llegado a concluir, a la vista de las funciones y los fines que la regulación preconstitucional encomendaba a las Cámaras, que “aun cuando no cabe duda de la importancia de las mismas no resulta que su ejercicio exija la adscripción obligatoria de todos los comerciantes, industriales y nautas a estas Cámaras [...] cualquiera de las funciones enumeradas puede encomendarse a asociaciones de tipo privado o, incluso, realizarse directamente por la propia Administración sin necesidad de obligar a las comerciantes, industriales y nautas a pertenecer obligatoriamente a una corporación de

128 En una decisión calificada de “discutible” por Cosculluela Montaner, L., “Nuevas tendencias en la regulación de las corporaciones de Derecho público en el Derecho español”, en Pérez Moreno, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, 1994, T. I, pág. 357.

129 Vid., en particular, su fundamento jurídico 23. Se refiere, en particular, a las implicaciones de esta Sentencia, Cosculluela Montaner, L., “Nuevas tendencias en la regulación de las corporaciones de Derecho público...”, op. cit., págs. 357 y ss.

130 Profundizan, entre otros, en la configuración tradicional de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, así como en la evolución en su ámbito del principio de adscripción obligatoria, Gutiérrez Delgado, J. M., “Situación jurídica actual de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación”, en Requero Ibáñez, J. L. (dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, 2001, págs. 243 y ss.; y, Rivero Ysern, J. L., “La Administración corporativa: la adscripción a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; análisis jurisprudencial”, en Pérez Moreno, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, 1994, T. I, págs. 703 y ss., quien discrepa, pág. 736, de la consideración de estas entidades como corporaciones de Derecho público por entender contraria al derecho constitucional a no asociarse la adscripción obligatoria a las mismas.

131 Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 312, se muestra crítico, sin embargo, con su configuración corporativa, dado el escaso número de sus funciones que realmente puedan calificarse de públicas y la ausencia de competencia alguna en materia deontológica o disciplinar.

Derecho público y a sostenerla con sus aportaciones”¹³²; la Sentencia 107/1996, de 12 de junio, da un giro radical para afirmar, frente a la “vaguedad e imprecisión de sus cometidos”, “lo genérico de sus funciones y la ambigüedad de sus fines” al amparo de la regulación anterior, la suficiencia de “las funciones de carácter público-administrativo que la Ley 3/1993 encomienda a las Cámaras, por su atribución legal, concreción, obligatoriedad, garantías de Derecho público y relevancia constitucional” para justificar la adscripción forzosa a las mismas¹³³.

Diverso es el supuesto, en fin, de las federaciones deportivas, al que se refiere, en particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1985, de 24 de mayo. Dictada con anterioridad a la aprobación de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, sostiene que las federaciones deportivas “se configuran como instituciones privadas, que reúnen a deportistas y asociaciones dedicadas a la práctica de una misma modalidad deportiva [...] si bien se estimula la adscripción a la respectiva federación en cuanto constituye un requisito para que los clubs deportivos puedan participar en competiciones oficiales y en cuanto canalizan la asignación de subvenciones. Y, por otra parte, la Ley no impide en absoluto la constitución de otras asociaciones formadas por deportistas y asociaciones dedicadas a la misma modalidad deportiva, con fines privados”¹³⁴.

Se trata de un razonamiento que plantea, sin lugar a dudas, algunas objeciones de base. ¿Cómo es posible afirmar, en definitiva, que no se recoge en la legislación una adscripción obligatoria a las federaciones deportivas, sino que ésta tan sólo se “estimula”, si resulta absolutamente necesaria para la participación en competiciones oficiales y, por tanto, para el ejercicio deportivo profesional?

En cualquier caso, el Alto Tribunal no tiene inconveniente en compatibilizar la doctrina expuesta con el reconocimiento de la constitucionalidad de las funciones públicas confiadas por el legislador a las federaciones. Funciones que no las convierten *per se* en corporaciones de Derecho público, sino en “un tipo de asociaciones a las que la Ley atribuye el ejercicio de funciones públicas”, justificándose así “que se exijan determinados requisitos para su constitución, dado que no se trata de asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 de la Constitución”¹³⁵.

Pese a la oportunidad posterior del legislador de clarificar la situación legal de las federaciones deportivas, obviando los inconvenientes de la doctrina del Tribunal Constitucional de 1985 para reconducir propiamente el fenómeno federativo al de los entes corporativos de derecho público, tanto la Ley del Deporte de 1990 como las regulaciones autonómicas aprobadas en la materia, han optado por adoptar la

132 Fundamento jurídico 10. Doctrina reiterada posteriormente por las Sentencias 233/1994, de 20 de julio, y 284/1994, de 24 de octubre.

133 Doctrina confirmada después por la Sentencia 154/1996, de 3 de octubre.

134 Fundamento jurídico 4.

135 Fundamento jurídico 4.

terminología un tanto equívoca de la Sentencia citada, calificando a las federaciones deportivas de asociaciones privadas de configuración legal, a modo de *tertium genus* entre las corporaciones de Derecho público y las asociaciones privadas *stricto sensu*¹³⁶.

2. En particular, los colegios profesionales

A la ausencia de una Ley general que defina con cierta precisión los rasgos comunes y el régimen jurídico mínimo de aplicación a todos los entes corporativos, a modo –al menos en su vocación original– de la LOFAGE para la Administración institucional de la Administración General del Estado, se une, además, la sanción por el legislador, tanto estatal –en forma de bases-, como autonómico –en forma de desarrollo-, de una diversidad de regímenes jurídicos del todo particularizados que han matizado, en ocasiones hasta extremos prácticamente irreconocibles, aquellas funciones y elementos corporativos primigenios procedentes del ámbito del Derecho público, avivando, en consecuencia, el debate doctrinal sobre la oportunidad de su calificación actual como auténticas Administraciones públicas o, en términos de la postura tradicionalmente aceptada en esta materia, como Administraciones *secundum quid*¹³⁷.

Y así, ha habido autores que, enfrentados a su calificación como auténticas Administraciones públicas o, en fin, como meras entidades privadas colaboradoras de aquéllas, se han referido a lo inútil y bizantino del debate¹³⁸, por cuanto lo realmente importante es la identificación y el deslinde de las funciones y, en su caso, potestades

136 Solución inaceptable en opinión de Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 306. Pese a ello, no cabe duda que confluyen en las federaciones deportivas caracteres que las aproximan de forma decidida a las corporaciones sectoriales de base privada. Así lo subraya también Silva de Lapuerta, M., “La Administración deportiva”, en Requero Ibáñez, J. L. (dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, 2001, págs. 419 y ss., quien dedica especial atención a la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia y al deslinde las funciones federativas de naturaleza pública y privada.

137 López Benítez, M., y Rebollo Puig, M., “Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18...” , op. cit., pág. 520, niegan, en este sentido, su naturaleza administrativa, si bien afirman que “están de tal forma ligadas a las Administraciones que sí forman parte del sistema general de organización administrativa”, de manera que su regulación “sin dejar de ser tal, es al mismo tiempo regulación de las Administraciones en cuyas funciones colaboran o asesoran y a cuya tutela quedan sometidas”. Asimismo, Ortega Martín, E., “Las potestades administrativas de las corporaciones públicas”, en Requero Ibáñez, J. L. (dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, 2001, págs. 195 y ss., se refiere al debate sobre su definición como Administraciones y al papel que juega, en este sentido, la atribución a las mismas de potestades administrativas.

138 Así, Tornos Mas, J., “Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación”, en Pérez Moreno, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, 1994, T. I, pág. 791, considera “indiferente” determinar “si estamos o no ante una Administración pública”, por cuanto “lo relevante es que el régimen jurídico aplicable se modula en función de la actividad que se realiza”. También Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., pág. 500, sostiene que “no tiene sentido alguno” el debate, tratándose de “algo enteramente convencional” la calificación de un ente como público o privado.

públicas que el legislador o la Administración pública competente decidan confiar o delegar en estos entes corporativos.

Cabe afirmar, en cualquier caso, desde la perspectiva estrictamente sancionadora, una especial trascendencia del ejercicio de la potestad disciplinaria por los colegios profesionales. Así se desprende de la atención que han prestado a esta cuestión tanto la doctrina científica como el Tribunal Constitucional y, en particular, la jurisprudencia contencioso-administrativa a raíz de los múltiples litigios planteados respecto a sanciones impuestas por corporaciones colegiales y su posible vulneración de las garantías constitucionales articuladas en relación a la potestad administrativa sancionadora.

A) *El colegio profesional en la Constitución de 1978*

El artículo 36 de la Constitución se refiere a una de las corporaciones de Derecho público por excelencia, el colegio profesional, y, seguramente, a la que más interrogantes ha planteado desde la perspectiva del ejercicio de su potestad administrativa sancionadora. Establece este precepto constitucional que “la Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los colegios deberán ser democráticos”. Esta constitucionalización del ente corporativo profesional representa, sin lugar a dudas, una “novedad sin precedentes”, tanto en el Derecho comparado como en nuestra propia historia constitucional¹³⁹.

Y sin embargo, los aspectos básicos de su régimen jurídico se encuentran regulados en una norma preconstitucional, concretamente, en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales. Pese a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza y caracteres colegiales básicos, a las reformas legislativas posteriores a la Constitución y a las reivindicaciones doctrinales habidas en este sentido, el legislador estatal ha declinado hacer ejercicio hasta el momento de su facultad y competencia para la determinación de la legislación básica en la materia, perviviendo así buena parte de las dudas planteadas al respecto¹⁴⁰.

En este contexto, no cabe duda de la trascendencia de la jurisprudencia, en especial del Tribunal Constitucional, pero también de la contencioso-administrativa dictada para acompasar la composición y el funcionamiento colegial a las prescripciones constitucionales.

139 Así lo señalan Ariño Ortiz, G., y Souvirón, J. M.^a, *Constitución y colegios profesionales*, Unión Editorial, 1984, págs. 85 y ss., quienes profundizan en la génesis y la tramitación del precepto constitucional.

140 Así lo sostiene, en particular, Trayter, J. M., Prólogo, Salom Parets, A., *Los colegios profesionales*, Atelier, 2007, págs. 15 y ss., quien no duda en afirmar que “el mundo de los colegios profesionales está convulso”, a causa principalmente “de su inconcreta naturaleza jurídica” en la regulación legal de estas corporaciones y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Conforme al artículo 1 de la vigente Ley de 1974 los colegios profesionales son corporaciones de Derecho público, a las que se encomiendan como fines esenciales “la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados”. Una concepción legal que no modifica ni altera la Constitución, en opinión del Tribunal Constitucional reflejada en su Sentencia 89/1989, de 11 de mayo¹⁴¹.

Concluye, en consecuencia, el Alto Tribunal que los colegios profesionales “constituyen una típica especie de corporación reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión –que constituye un servicio al común– se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, en principio, por otra parte, ya ha garantizado el Estado con la expedición del título habilitante”¹⁴².

De esta forma, el artículo 36 constitucionalizaría la existencia de los colegios profesionales sin predeterminar su naturaleza jurídica, por cuanto habría de corresponder al legislador determinar, dentro de los límites constitucionales, su configuración concreta, teniendo en cuenta, además, que en la dicción constitucional “no hay contenido esencial que preservar [...], salvo la exigencia de estructura y funcionamiento democrático” y, como es lógico, la garantía de que se opere la menor restricción posible tanto del derecho de asociación (artículo 22) como de la libre elección de profesión y de oficio (artículo 35)¹⁴³.

Ariño y Souvirón afirman, en cambio, que el legislador queda vinculado por la Constitución al respeto de la institución colegial en aquellos caracteres básicos y sustantivos que han de integrarse necesariamente entre las “peculiaridades” de su régimen jurídico a que se refiere expresamente el artículo 36, sin que ello suponga, no obstante, una “inmutabilidad sempiterna del actual régimen jurídico de los colegios”. De ahí su esfuerzo por identificar aquellos elementos y rasgos que quepa considerar realmente constitutivos de los colegios profesionales, para llegar a concluir que existen tres características definitorias “intrínsecamente ligadas” a su configuración. De un lado, los dos fines esenciales de representación institucional de la profesión y de ordenación del ejercicio profesional que han de corresponder a todo ente colegial. De otro, la forma jurídica orgánica que habría de permitir su realización y materialización práctica, esto es, la corporación de Derecho público¹⁴⁴.

141 Fundamento jurídico 5.

142 Fundamento jurídico 5.

143 Fundamento jurídico 7.

144 Ariño Ortiz, G., y Souvirón, J. M.ª, *Constitución y colegios profesionales*, op. cit., pág. 96 y ss. Los autores sostienen, en este sentido, págs. 118 y ss., que no pueden negarse por el legislador estas tres notas básicas “so pena de extinción del colegio profesional en su auténtico sentido”.

El artículo 36 da origen así a un debate entre quienes ven en el precepto una remisión en blanco al legislador para la regulación de los colegios profesionales, y aquellos otros que entienden, en cambio, que el precepto incorpora una especie de garantía institucional, no sólo de la pervivencia de la entidad colegial sino, en particular, de su naturaleza corporativa y características esenciales¹⁴⁵.

El Tribunal Constitucional se inclina claramente por la primera opción, dando lugar a una cierta perversión de estos entes corporativos, por cuanto mutan, en ocasiones, algunas de sus características fundamentales provocando la expansión incontrolada del fenómeno colegial bajo rasgos y regímenes jurídicos poco ortodoxos desde una concepción tradicional de la corporación¹⁴⁶.

Y así, en su Sentencia 330/1994, de 15 de diciembre, el Tribunal llega a admitir la posibilidad de estructuras colegiales para actividades profesionales no tituladas o, incluso, de adscripción voluntaria¹⁴⁷. De ahí la postura crítica de un buen número de autores que entienden este pronunciamiento contrario a los caracteres tradicionales y a la configuración propia y peculiar de los colegios profesionales.

No hay que olvidar que la restricción que implica la creación del ente colegial respecto de otras libertades y derechos constitucionales, obliga a considerar justificada su existencia en aquellas contadas ocasiones en que el interés general afectado, su significado y trascendencia social, así lo exigen por la repercusión e incidencia de la profesión en la vida cotidiana de los ciudadanos, imponiendo, en consecuencia, la articulación de un “buen número de cautelas y prevenciones”¹⁴⁸.

B) La potestad normativa del colegio profesional

A la luz del enunciado del artículo 5 de la Ley 2/1974, corresponde a los colegios “ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”

145 Entre los primeros, Alzaga Villaamil, O., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ed. del Foro, 1978, pág. 299; y, Sainz Moreno, F., *La Constitución española de 1978*, 1983, T. III, pág. 556. Entre los segundos, los ya citados Ariño Ortiz y Souvirón, así como Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 303, y, en particular, Del Saz, S., *Los colegios profesionales*, op. cit., págs. 55 y ss., quien da cuenta de la polémica y de los argumentos empleados en ambos sentidos.

146 Así lo ha denunciado, entre otros, Fernández-Farreres, G., “Corporaciones de Derecho público”, op. cit., pág. 369, para quien la amplia y variada eclosión del fenómeno colegial “está debilitando muy seriamente a la institución [...] en detrimento de las funciones públicas que justifican su propia existencia”.

147 Fundamento jurídico 9.

148 Martín-Retortillo Baquer, L., “El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional”, en Martín-Retortillo, L. (coord.), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, 1996, pág. 300. Se refiere, en particular, a la problemática planteada por los “falsos” colegios profesionales de adscripción voluntaria, Del Saz, S., *Los colegios profesionales*, op. cit., págs. 93 y ss.

[apartado i)]¹⁴⁹, así como “cumplir y hacer cumplir a los colegiados las leyes generales y especiales y los estatutos profesionales y reglamentos de régimen interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiales, en materia de su competencia” [apartado t)]¹⁵⁰.

Y así, al socaire de la potestad normativa reconocida expresamente por la Ley de 1974 a los colegios profesionales, e implícitamente por la Constitución al disponer que su organización y funcionamiento serán democráticos, éstos podrán imponer obligaciones concretas a los colegiados a través de sus Estatutos y reglamentos de régimen interior, o de otras normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiales¹⁵¹. Obligaciones cuyo incumplimiento podrá ser debidamente sancionado por el colegio correspondiente.

Esta potestad normativa ha sido reafirmada por el Tribunal Constitucional a la luz de la trascendencia de los fines encomendados a los colegios profesionales, en la medida en que implican, necesariamente, “un conjunto normativo estatutario, elaborado por los miembros del Colegio y sancionado por el poder público, que permitirá, a la vez, la posibilidad de recursos y la legitimación para interponerlos, tanto por los colegiados como por personas ajenas al Colegio, pero no ajenas al ejercicio de la profesión, sean clientes, sean interesados extracontractuales, en su caso, es decir, según la profesión de que se trate”¹⁵².

Regula esta cuestión el artículo 6 de la Ley 2/1974, en cuyo enunciado se diferencia entre los Estatutos generales y particulares de los colegios y los reglamentos de régimen interior¹⁵³. Por lo que se refiere, en primer lugar, a los Estatutos generales, son elaborados, para todos los colegios de una misma profesión, y una vez oídos éstos, por el Consejo General correspondiente, sometién dose a la aprobación del Gobierno, a través del Ministerio competente. Parecida tramitación se seguirá en caso de no existir Consejo General por tratarse de un Colegio de ámbito nacional para dotar a éste de los estatutos correspondientes.

149 Si bien con los límites, como recuerda Calvo Sánchez, L., *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Civitas, 1998, págs. 628 y ss., de la ordenación del ejercicio profesional dispuesta por el Estado y la competencia de la Administración pública por razón de la relación funcional.

150 Analiza en profundidad el “núcleo duro” de las funciones de los colegios profesionales, Calvo Sánchez, L., *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., págs. 621 y ss.

151 Vid., en este sentido, el estudio de Salom Parets, A., *Los colegios profesionales*, op. cit., págs. 149 y ss., sobre la justificación y el ejercicio de la potestad normativa de los colegios profesionales.

152 Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1989, de 11 de mayo, fundamento jurídico 5. También la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 13 de junio de 1989, reconoce esta potestad colegial, afirmando que “los colegios profesionales pueden conceptuarse como corporaciones de Derecho público reconocidas por la Constitución española [...] y dotadas de potestad normativa para la ordenación del ejercicio de las profesiones”.

153 Salom Parets, A., *Los colegios profesionales*, op. cit., págs. 155 y ss., se refiere, en este sentido, a la proyección externa, en tanto que tratan de asegurar el orden profesional, y al carácter interno, en todo lo que se refiere a la organización y funcionamiento colegial, que caracteriza tanto a los Estatutos como ciertos reglamentos aprobados por los colegios profesionales.

Los Estatutos generales deben recoger, al menos, las materias enunciadas en el artículo 6.3 de la Ley de 1974 y, en particular, por lo que interesa a estos efectos, los derechos y deberes de los colegiados [apartado b)], el régimen disciplinario [apartado g)], el régimen jurídico de los actos y de su impugnación en el ámbito corporativo [apartado i)] y, en última instancia, los fines y funciones específicas del colegio [apartado k)] o las demás materias necesarias para el mejor cumplimiento de estas funciones [apartado l)]. Establecen, en este sentido, una regulación mínima común a todo el territorio nacional. De ahí que el desarrollo autonómico en esta materia sea muy limitado o prácticamente inexistente, ya que corresponde al Estado, en realidad, aprobar aquellas previsiones indispensables que han de formar parte del Estatuto general de la profesión.

De ahí también que no quepa hablar propiamente en este caso de potestad normativa colegial, sino *stricto sensu* de la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación. Aun cuando el control ministerial sea de mera legalidad, lo cierto es que sin su aprobación no cabe entender perfeccionada la norma, por cuanto “la aprobación de los Estatutos por el Gobierno no es sólo un elemento de forma, sino que es una condición legal de la misma existencia de los estatutos en cuanto norma jurídica”¹⁵⁴. Se separa así la norma resultante, en cuanto a procedimiento de aprobación y naturaleza jurídica, del resto de los Reglamentos estatales¹⁵⁵.

Los Estatutos particulares, en cambio, no tienen por vocación la regulación de unos mínimos comunes al ejercicio profesional en el ámbito nacional, sino que se limitan a establecer las reglas de funcionamiento de cada colegio en particular. De ahí que sean elaborados por los propios colegios profesionales, de acuerdo con la Ley básica estatal en la materia y con el Estatuto general correspondiente, y aprobados tan sólo por el Consejo General competente, sin que sea preceptiva en ningún caso la intervención de la Administración estatal o autonómica.

Es más, la propia Ley se refiere en su artículo 5, apartado t), a las “normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiales en materia de su competencia”, disposiciones internas que no exigen siquiera la aprobación por parte del Consejo General, si bien pueden llegar a erigirse en fuente de deberes y obligaciones concretas para los colegiados. En muchas ocasiones no alcanzan a ser publicadas en cuanto fuente de derecho, planteando, en consecuencia, importantes dudas acerca de su virtualidad como justificación y punto de partida para el ejercicio de la potestad sancionadora colegial.

Estas últimas suelen ser normas deontológicas, de contenido moral y de conducta, en las que se define la corrección de la *lex artis* a emplear por el profesio-

154 Así se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003, en reiteración de la doctrina recogida por las anteriores de 16 de marzo, 6 y 17 de mayo de 1996.

155 Así lo ha subrayado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de junio de 2003, fundamento de Derecho segundo. Vid., en este mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1990, 5 de diciembre de 1992, así como de 16 de marzo, 6 y 17 de mayo de 1996.

nal¹⁵⁶. Se trata, en cualquier caso, de una posibilidad expresamente admitida por el Tribunal Constitucional, que ha aceptado la potestad normativa de los colegios profesionales al respecto, con fundamento en el artículo 36 de la Constitución, en su Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre¹⁵⁷.

Establece al respecto que “las normas de deontología profesional aprobadas por los colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario”, sino que “muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega a favor de los colegios” en el artículo 5 de la Ley 2/1974. Continúa el Tribunal recordando que “es generalmente sabido, por lo demás, y, por tanto, genera una más que razonable certeza en cuanto a los efectos sancionadores, que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los colegios profesionales”. Y, por si no fuera suficiente, vuelve la vista atrás para hacer hincapié en que este mismo criterio “es el que viene manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo”¹⁵⁸.

De ahí la particularidad del régimen de publicidad de las normas colegiales, sumamente discutible por su fragilidad y por la inseguridad jurídica a que podría conducir. Frente al artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la “publicidad de las normas” y al artículo 52.1 de la LRJAP y PAC que dispone que “para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda”, la realidad colegial ostenta al respecto, sin embargo, “perfiles propios [...], en razón de la proximidad, contacto e información que se presupone a los profesionales”¹⁵⁹. Se invierten, en definitiva, y como consecuencia de ello, los

156 Vid. Del Saz, S., *Los colegios profesionales*, op. cit., pág. 116. El Tribunal de Defensa de la Competencia se ha pronunciado en su *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España*, junio de 1992, págs. 40 y ss., a favor de la vigencia de este tipo de normas deontológicas, siempre que se orienten a la determinación de las normas éticas que han de presidir el ejercicio de las funciones y actividades por parte de los profesionales, singularizando el ejercicio de la profesión al regular el comportamiento debido de cada colegiado, pero sin que sean empleados para regular el comportamiento interno de los colegiados entre sí, creando así normas jurídicas que tengan por finalidad primordial la regulación de la competencia desleal tal como la entienden corporativamente los respectivos colegios. De ahí que abogue en su Informe porque “siempre que se haga a través de una delegación expresa, los colegios pueden arbitrar procedimientos para sancionar las conductas reprochables deontológicamente, con participación de los usuarios”.

157 Para Fanlo Loras, A., “Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial”, en Martín-Retortillo, L. (coord.), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, 1996, pág. 122, el reconocimiento de la potestad normativa de los colegios es realmente “lo importante en esta Sentencia”.

158 Fundamento jurídico 5. Sobre la deontología y la ética profesional y, en particular, la afirmación del carácter normativo de las normas deontológicas profesionales, Calvo Sánchez, L., *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., págs. 625 y ss.

159 Ortega Martín, E., “Las potestades administrativas de las corporaciones públicas”, op. cit., pág. 222.

términos ordinarios de presunción de conocimiento del Derecho, a fin de desvincularlo de la publicidad formal de las normas colegiales.

Así lo sanciona el Tribunal Constitucional, acudiendo para ello a la discutible aplicación al ámbito colegial de la categoría de las relaciones de sujeción especial¹⁶⁰. Y así, en la citada Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, afirma que “frente a la manifiesta previsibilidad de las conductas sancionables para un colegiado que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de la colegiación, carece de relieve la circunstancia de que las normas deontológicas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos, o que éstos y la regulación de la escala de sanciones aplicables se contengan en distintos textos normativos e, incluso, en última instancia, que las normas deontológicas no hayan sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el diario oficial de algún otro ente territorial, pues esta omisión, que en el ámbito de las relaciones de sujeción general impediría la aplicación de cualquier norma sancionadora, no puede valorarse, en el orden específico del colegio profesional, ni siquiera como indicio de inseguridad jurídica con relación a los propios colegiados”¹⁶¹.

En sentido similar se pronuncia el Tribunal Supremo, acogiendo esta doctrina constitucional en su Sentencia de 24 de mayo de 1999, para afirmar, frente a la pretensión del demandante de que tanto la dignidad de la profesión como las reglas éticas que la gobiernan son conceptos indefinidos que no encuentran concreción en los Estatutos correspondientes, que “los preceptos estatutarios, que autorizan a los órganos corporativos para sancionar las conductas de los colegiados y en los que se define como infracción los actos que se aparten de los deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión, sirven de forma suficiente para tipificar por remisión las infracciones de esta naturaleza, cuyos deberes y reglas deben aquéllos conocer, por lo que no cabe invocar inseguridad jurídica alguna”¹⁶².

C) *El ejercicio de la potestad sancionadora por el colegio profesional*

La potestad sancionadora de que disfrutan los colegios profesionales o, en términos de la Ley 2/1974, su “facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”, se encuentra íntimamente unida, como no podía ser de otro modo, a la función colegial de ordenación de la actividad profesional de los colegiados. De ahí que ambas

160 Habrá ocasión de volver sobre ello *infra*. Frente a esta doctrina constitucional que ampara la práctica colegial de no publicar las normas deontológicas aprobadas en desarrollo de remisiones estatutarias genéricas e indeterminadas, Salom Parets, A., *Los colegios profesionales*, op. cit., pág. 191, aboga, en cambio, por la publicación de la norma colegial en el Boletín de la Comunidad Autónoma respectiva y porque esta obligación se encuentre prevista en una norma de rango legal, ya sea estatal básica o de desarrollo autonómico en ausencia de la primera.

161 Fundamento jurídico 5.

162 Fundamento de Derecho décimo, reiterando lo dispuesto a este respecto en sus Sentencias de 16 y 27 de diciembre de 1993 y de 4 de marzo de 1998.

potestades, normativa y sancionadora, aparezcan como el haz y el envés de un mismo cometido encomendado al colegio profesional en el artículo 5 i) de la Ley.

La potestad sancionadora de los colegios profesionales consta, en este sentido, de una doble faceta o vertiente. De un lado, la estrictamente “colegial”, que afecta a las relaciones internas de los profesionales en tanto miembros del colegio correspondiente; de otro, la propiamente “profesional”, conectada al ejercicio de la función o actividad profesional correspondiente y, por tanto, más cercana a las determinaciones de aquellas normas profesionales y deontológicas que tienen por objeto concretar la *lex artis* del quehacer profesional¹⁶³.

Su significación y trascendencia están, en cualquier caso, fuera de toda duda, aun cuando la liberalización producida en el ámbito colegial, al socaire fundamentalmente de los designios comunitarios, haya traído consigo una limitación y restricción palpables de su potestad disciplinaria en materia de competencia, publicidad e intrusismo profesional, en virtud de la sujeción de los colegios profesionales al principio de libre competencia¹⁶⁴.

No en vano recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1989, de 19 de julio, que la restricción que implica la colegiación de la libertad de asociación, en su vertiente negativa, “resulta justificada por razón de la tutela del interés general que concurre en el ejercicio de la profesión” correspondiente; por lo que se refiere al caso concreto de autos, sobre la constitucionalidad de la colegiación obligatoria de un funcionario médico, sostiene el Tribunal que la protección de la “disciplina profesional, normas deontológicas, tutela de la buena fe de los terceros [...] va unida a la de valores y derechos constitucionales, como la salud, la sanidad y la vida e integridad física de los ciudadanos, que están en juego con ocasión del ejercicio de la profesión médica”¹⁶⁵. Se ofrecen de esta forma, a través de tal régimen corporativo especial, una mejor y mayor garantía de los intereses implicados¹⁶⁶.

La posibilidad de la potestad sancionadora colegial está, por tanto, fuera de toda duda. No sólo se halla implícitamente recogida en el enunciado del artículo 36 de la Constitución, sino que encuentra, además, apoyo expreso en la legislación básica estatal en materia de colegios profesionales, perfeccionándose, incluso, en la normativa autonómica de desarrollo. No cabe olvidar tampoco el importante papel que ha desempeñado, en este sentido, la jurisprudencia, tanto contencioso-administrativa como, en particular, del Tribunal Constitucional, por cuanto han contribuido de mane-

163 Calvo Sánchez, L., *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pág. 643.

164 Del Saz, S., *Los colegios profesionales*, op. cit., pág. 111. Pese a ello, la potestad disciplinaria continúa siendo un instrumento muy importante en manos de los colegios profesionales; tanto es así que para García Macho, R., “La potestad disciplinaria de los colegios profesionales”, en Pérez Moreno, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, 1994, T. I, pág. 475, es “uno de los más sólidos justificantes” del sometimiento del colegio al Derecho Administrativo.

165 Fundamento jurídico 4.

166 Así lo afirma, en particular, Salom Parets, A., *Los colegios profesionales*, op. cit., pág. 107.

ra decisiva a acercar el ejercicio de la potestad disciplinaria de los colegios a las garantías constitucionales exigidas a la potestad administrativa sancionadora.

Y, sin embargo, hay todavía cuestiones conflictivas, áreas sombrías a consecuencia de una normativa colegial en demasiadas ocasiones arcaica y obsoleta, diseminada en normas de origen diverso que difícilmente cumplen con las exigencias mínimas que articula a este respecto el artículo 25 de la Constitución¹⁶⁷, en especial, con el principio de legalidad¹⁶⁸.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo, resume, en este sentido, la doctrina del Tribunal sobre el citado principio¹⁶⁹, al que considera una “concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador”¹⁷⁰. El imperio de la ley y el derecho de los ciudadanos a la seguridad se erigen a través de su aplicación en fundamento y presupuesto de la actuación del Estado sobre sus bienes jurídicos, vinculándose también su exigencia a la prohibición de la arbitrariedad y al derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales que garantizan los artículos 24.2 y 117.1 de la Constitución.

De todo ello deduce el Tribunal Constitucional “que el principio de legalidad en el ámbito del Derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una Ley (*lex scripta*), que la Ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)”. El Tribunal certifica así la existencia de una doble vertiente o faceta en el principio, esto es, una faceta o garantía formal, vinculada a la existencia de una norma previa con rango de legal, y una vertiente o garantía material, que implica la tipificación con el grado suficiente de detalle de las infracciones y sanciones correspondientes¹⁷¹.

Ahora bien, conviene tomar en consideración que la Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, si bien ha amparado, entre otros pronunciamientos constitucionales, la vigencia de este principio de legalidad en el ámbito de la potestad disciplinaria colegial, ha reconocido su aplicación más atemperada a las sanciones administrativas que

167 En este mismo sentido, Del Saz, S., *Los colegios profesionales*, op. cit., pág. 153, que se refiere a una normativa colegial “obsoleta y dispersa apoyada en la tradición pero carente en muchos casos de las exigencias mínimas derivadas del artículo 25.1 de la Constitución”.

168 Vid., en este sentido, la contribución de Menéndez Sebastián a este número monográfico, así como la doctrina y jurisprudencia allí citada.

169 Fundamento jurídico 6. Resume la doctrina constitucional contenida, entre otras muchas, en las Sentencias 62/1982, de 15 de octubre; 89/1983, de 2 de noviembre; 75/1984, de 27 de junio; 53/1985, de 11 de abril; 159/1986, de 12 de diciembre; 122/1987, de 14 de julio; 133/1987, de 21 de julio; 199/1987, de 16 de diciembre; 127/1990, de 5 de julio; y, 118/1992, de 16 de septiembre.

170 No en vano, las Sentencias 42/1987, de 7 de abril, 52/2003, de 17 de marzo, y 16/2004, de 23 de febrero, entre otras, señalan que el principio de legalidad asegura ante todo “que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes”.

171 Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, fundamento jurídico 2.

a las de Derecho penal. Reconoce, incluso, importantes modulaciones a la exigencia en el caso de autos de este triple requisito respecto a otros supuestos administrativos sancionatorios, al entender que “lo contrario supondría [...] que hasta tanto no se establezca de una manera expresa la correlación entre infracciones y conductas sancionables, quedarían impunes de responsabilidad administrativa disciplinaria las conductas ilícitas de los colegiados. Y a esta conclusión, que desapoderaría de una de sus funciones esenciales a los colegios profesionales, no puede llevar el artículo 25.1 de la Constitución”¹⁷².

La flexibilización del citado principio es así mayor en el ámbito concreto de la disciplina colegial que en el de la potestad administrativa sancionadora, entendida en un sentido amplio y general. La Sentencia 42/1987, de 7 de abril, enuncia el fundamento de la distinción con el ámbito penal y de la mayor modulación del principio respecto a la potestad administrativa sancionadora en ciertos ámbitos al reiterar que “si bien el alcance de la reserva de Ley establecida en el artículo 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto”, ya sea por razones “que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas”, por “el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias” o, en última instancia, “por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales o materiales”, no hay duda que “aquel precepto constitucional determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, habida cuenta del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan”.

De esta forma, “la reserva de Ley no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes”¹⁷³.

Se reconoce, no obstante, “la salvedad de las infracciones que se cometan en el seno de las relaciones de sujeción especial, en las que la propia reserva de Ley pierde

172 Fundamento jurídico 6.

173 De ahí que el Tribunal Constitucional haya sancionado, entre otras, en sus Sentencias 105/1988, de 8 de junio, o 34/1996, de 11 de marzo, la inadmisibilidad de “formulaciones tan abiertas, por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”, aunque admita, en cambio, entre otras en su Sentencia 69/1989, de 20 de abril, la regulación de ilícitos “mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”.

parte de su fundamentación material, en cuanto expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del *ius puniendi* genérico del Estado”, para concluir, en definitiva, que “debe reputarse contraria a las mencionadas exigencias constitucionales no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras”¹⁷⁴.

A *sensu contrario* no cabe sino concluir que, en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, se relajan los requerimientos y exigencias derivadas del principio de legalidad que consagra el artículo 25.1 de la Constitución para permitir la mera habilitación a la Administración por una norma con rango legal para regular las infracciones y sus correspondientes sanciones administrativas. No se trata de permitir a la norma de rango infralegal la configuración *ex novo* de infracciones y sanciones administrativas¹⁷⁵, sino de admitir que la Administración correspondiente y, en este caso, el colegio profesional, pueda acogerse a una tipificación legal sumamente amplia y genérica a fin de desarrollar un régimen sancionador propio, reputando el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones contenidas en esas normas reglamentarias sancionadoras como infracción administrativa o disciplinaria.

Así lo ha sancionado expresamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 2/1987, de 21 de enero, al disponer que “en virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución”¹⁷⁶. No se permite, con ello, la sanción carente de toda base legal normativa, pero sí la remisión más amplia y genérica al complemento reglamentario.

Nos encontramos, por tanto, ante la extensión a la disciplina colegial de una etiqueta, la de las relaciones especiales de sujeción, empleada exclusivamente para

174 Fundamento jurídico 2, en confirmación de la doctrina contenida, entre otras, en las Sentencias 77/1983, de 3 de octubre; 83/1984, de 24 de julio; 87/1985, de 16 de julio; y, 2/1987, de 21 de enero. Destacan, asimismo, con posterioridad, entre otras, las Sentencias 101/1988, de 8 de junio; 61/1990, de 29 de marzo; 341/1993, de 18 de noviembre; 25/2002, de 11 de febrero; 100/2003, de 2 de junio; 242/2005, de 10 de octubre; 297/2005, de 21 de noviembre; 77/2006, de 13 de marzo; o, 104/2009, de 4 de mayo.

175 Posibilidad vedada, entre otras, por la Sentencia 219/1989, en cuyo fundamento jurídico 2 se afirma expresamente que “el alcance de dicha reserva de Ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución”. Doctrina recogida también, entre otras, por las Sentencias 42/1987, de 7 de abril; 61/1990, de 29 de marzo; o, 132/2001, de 8 de junio.

176 Fundamento jurídico 2.

hacer frente a un problema creado por el propio silencio y la inactividad del legislador. La Ley básica de 1974 establece en su artículo 1.3, como fin esencial de esta corporación, “la ordenación del ejercicio de las profesiones”, facultad colegial que recoge y desarrolla en términos semejantes en su artículo 5 i). Una cobertura legal considerada claramente insuficiente por la doctrina para abarcar la compleja constelación de normas estatutarias y deontológicas aprobadas en el seno de los Consejos Generales y de los colegios particulares para la regulación de la profesión correspondiente, esto es, su *lex artis*, las relaciones entre colegiados y las obligaciones morales derivadas de su ejercicio profesional, y para el establecimiento, en fin, de un régimen sancionador propio orientado a garantizar su cumplimiento¹⁷⁷.

No en vano, el propio Tribunal Constitucional ha subrayado que las remisiones legales en blanco en materia de Derecho administrativo sancionador deben sujetarse a ciertas exigencias en cuanto al alcance concreto de la remisión. En concreto, debe limitarse a ser un complemento indispensable de la regulación legal por motivos técnicos, para la salvaguarda de los fines constitucionales o legales, exigencias que difícilmente cumple la Ley de Colegios Profesionales.

De ahí que la jurisprudencia, enfrentada al dilema de dar o no cobertura a las sanciones impuestas por los colegios profesionales sobre la base de normas propias reguladoras y ordenadoras de la profesión, se haya visto obligada a recurrir a un título que permita modular y flexibilizar el alcance del principio de legalidad en el ámbito colegial. No es otra la justificación de la expansión a este ámbito de la categoría de las relaciones especiales de sujeción y de la calificación de su potestad sancionadora como “disciplinaria”¹⁷⁸.

Así se desprende, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1989, de 21 de diciembre, en la que se justifica que “en este ámbito, la relatividad del alcance de la reserva de ley en materia disciplinaria aparezca especialmente justificada”¹⁷⁹.

Y así lo ha recogido también el Tribunal Supremo quien ha procedido, no obstante, a realizar ciertas matizaciones al respecto a la luz de la evolución de la doctrina constitucional en la materia¹⁸⁰. Así, distingue entre el ejercicio de la potestad sancionadora colegial en función de que afecte a los derechos de terceros, en cuanto usuarios del servicio profesional, exigiendo un mayor rigor, en estos casos, en el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad, o que incida tan sólo

177 Por todos, Del Saz, S., *Los colegios profesionales*, op. cit., págs. 146 y ss.

178 Así lo sostiene, en particular, Ortega Martín, E., “Las potestades administrativas de las corporaciones públicas”, op. cit., pág. 224.

179 Fundamento jurídico 3.

180 Sobre la evolución de la jurisprudencia en este ámbito vid. Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., págs. 123 y ss.; y, Salom Parets, A., *Los colegios profesionales*, op. cit., págs. 137 y ss.

sobre los propios colegiados, unidos a la corporación profesional en virtud de aquella relación especial de sujeción.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1992 afirma, en este sentido, que “la ordenación del ejercicio de una profesión liberal como la de arquitecto no puede afectar a los derechos e intereses de los terceros que concierten unos servicios con los colegiados por voluntad de su órgano de representación [ex artículo 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales], sino solamente en aquellas relaciones que en función del interés público se disponga por una norma legal; de lo que se infiere que la protección de los intereses profesionales de los colegiados no legitima la imposición de unas normas de comportamiento de los contratantes con los arquitectos que no estén previstos en la Ley”¹⁸¹.

En definitiva, “la facultad de los colegios de defender los derechos e intereses profesionales, y velar por el prestigio e independencia y de decoro de clase tanto en las relaciones recíprocas de los arquitectos como en las que mantengan con sus clientes, e incluso establecer normas para los trabajos profesionales debe ser interpretado [...] en el sentido de que esa potestad de ordenación, que comprende la de regular los contratos no puede afectar a los derechos de los terceros que no estén limitados por una norma legal, y sí sólo a los colegiados en el ámbito de sus derechos y obligaciones que dimanen de la sujeción especial que los vincula con los colegios”¹⁸².

Del mismo modo, recuerda en su Sentencia de 18 de septiembre de 1991 la sujeción de las normas y decisiones colegiales al ordenamiento jurídico en su conjunto y a los propios principios que justifican la calificación de especial de la relación que une al colegiado con la corporación colegial. Parte, en este sentido, de la potestad normativa de los colegios profesionales sobre “aquellos aspectos precisados de regulación para asegurar el orden profesional que el colegio tiene encomendado y que no hayan sido objeto de regulación mediante normas dictadas por otros órganos del poder público con superior competencia”, para sujetar su validez a “la adecuación que presenten respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto y [a que] se acrediten como necesarias y racionalmente adecuadas para asegurar el cumplimiento de aquellos deberes primordiales de todo colegiado (comportamiento conforme la ética, dignidad, respeto al derecho de los particulares, lealtad en la competencia profesional, etc.)”¹⁸³.

Pese a ello, no cabe duda de la inadecuación de la teoría de las relaciones especiales de sujeción en el ámbito colegial, categoría tildada por la doctrina, a estos efectos, de innecesaria e insatisfactoria¹⁸⁴. Se trata de una solución provisional adoptada

181 Fundamento de Derecho cuarto.

182 Fundamento de Derecho quinto.

183 Fundamento de Derecho tercero.

184 Así, entre otros, Del Saz, S., *Los colegios profesionales*, op. cit., págs. 159 y ss., y la doctrina allí citada; Martín-Retortillo Baquer, L., “El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el

por la jurisprudencia contencioso-administrativa y del Tribunal Constitucional a efectos de dar salida y una cobertura mínima a sanciones que si bien justificadas en el terreno de la oportunidad y la racionalidad corporativa, carecen, en definitiva, de un respaldo legal adecuado por afianzarse en disposiciones de origen diverso para la ordenación del ejercicio profesional, recuérdese en este sentido lo reseñado *supra* sobre la potestad normativa colegial y, en particular, sobre las normas deontológicas para la profesión¹⁸⁵.

Más adecuado sería, sin duda alguna, que las Leyes reguladoras de los colegios profesionales, ya sea en el ámbito estatal o, al menos, en su desarrollo autonómico, recogiesen una regulación mínima del régimen sancionador en el ámbito colegial, estableciendo una mínima descripción de los supuestos de infracción y sanción que facilitara su complemento posterior, plenamente justificado y amparado por la jurisprudencia constitucional, a través de normas reglamentarias de origen corporativo en las que se precisaran con mayor detalle esas conductas infractoras, las consecuencias derivadas de su comisión y los trámites que habrían de integrar el procedimiento sancionador a seguir en su caso¹⁸⁶.

Así lo ha estimado también el propio Tribunal Constitucional que en su Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, exhorta a los organismos competentes, pese a respaldar y amparar la potestad sancionadora colegial en la categoría de las relaciones especiales de sujeción, a adaptar la normativa disciplinaria de los colegios profesionales

control y vigilancia del ejercicio profesional”, op. cit., pág. 311; o, Pomed Sánchez, L., “Doctrina constitucional sobre la Administración corporativa”, en Requero Ibáñez, J. L. (dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, 2001, pág. 53. Más contundente aún se muestra García Macho, R., “La potestad disciplinaria de los colegios profesionales”, op. cit., pág. 478, para quien “no existe base constitucional alguna ni en el artículo 36 ni en ningún otro precepto de la Constitución para llevar a cabo esa vinculación”. Cuestiona, en cambio, estas críticas Baena del Alcázar, M., “La potestad disciplinaria de los colegios profesionales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Requero Ibáñez, J. L. (dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, 2001, pág. 178, que afirma, tajantemente, que la reacción doctrinal a la expansión de la categoría y a la reducción consiguiente de garantías que implica en el ámbito sancionador colegial “se ha producido porque nuestros juristas han demostrado su falta de imaginación y de capacidad de adaptación de la teoría”.

¹⁸⁵ Baena del Alcázar, M., “La potestad disciplinaria de los colegios profesionales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, op. cit., pág. 179, subraya, en este sentido, la evidente complejidad de la situación, por el casuismo y la dispersión de la normativa que se refiere a las infracciones de los profesionales y la indefinición de estas últimas.

¹⁸⁶ Comparte esta opinión Salom Parets, A., *Los colegios profesionales*, op. cit., pág. 181, que da noticia de la tendencia, en este sentido, de las nuevas Leyes autonómicas, entre otras, a título de ejemplo, las Leyes 18/1997, de 21 de noviembre, de Colegios Profesionales del País Vasco; 10/1998, de 14 de diciembre, de Colegios Profesionales de las Islas Baleares; y, 7/2006, de 31 de mayo, de Colegios Profesionales de Cataluña. Tampoco hay duda para Calvo Sánchez, L., *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pág. 831, que la actuación más acuciante del legislador en esta materia debe ir dirigida a reforzar las garantías de la tipificación de infracciones, en cuanto se trata del “flanco más débil”. Ya Ariño Ortiz, G., y Souvirón, J. M.^a, *Constitución y colegios profesionales*, op. cit., págs. 152 y ss., manifestaban sus dudas acerca de la necesidad de una nueva Ley de Colegios Profesionales, defendiendo, no obstante, la necesidad de regular en una norma con rango legal las infracciones y sanciones más importantes en este ámbito.

“de una manera más clara a las exigencias constitucionales de los artículos 9.3 y 25.1 de la Norma fundamental”¹⁸⁷.

En caso contrario, es decir, de continuar la remisión preconstitucional en blanco que recoge en esta materia la Ley 2/1974, se prolongaría la indeseable inseguridad jurídica que reina actualmente en este ámbito, propiciando la posible vulneración de derechos fundamentales de los sancionados¹⁸⁸. No hay duda de los beneficios que implica la solución colegial, aplicada en sus justos términos, para el ejercicio profesional óptimo y con el máximo respeto a aquellas obligaciones mínimas que han de integrar el código deontológico correspondiente¹⁸⁹. De ahí, precisamente, la necesidad de rectificar sus fallos, de aprovechar, en definitiva, los elementos disponibles para dar una solución legal adecuada y razonable al ejercicio de la potestad sancionadora colegial; facultad disciplinaria necesaria como “saludable fórmula de autoadministración” frente a la insuficiencia e inoportunidad de confiar tan sólo en la vía penal¹⁹⁰.

VI. REFLEXIÓN FINAL

La oportunidad de una Ley estatal que defina las bases comunes al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora ha sido reivindicada, como se ha tenido ocasión de afirmar *supra*, y resulta patente a la vista de las diversas incógnitas planteadas en este ámbito. Solventaría, sin duda, buena parte de los problemas interpretativos planteados actualmente por cuanto vendría a dar una cobertura legal mínima, homogénea y, sobre todo, constitucionalmente adecuada al ejercicio de la potestad sancionadora por una multiplicidad de entes y Administraciones diversas, tanto de carácter propiamente instrumental como corporativo.

No hay duda que el ámbito administrativo difiere del penal, por lo que cabe, como ya se ha reseñado al hilo de la mención y el análisis de la jurisprudencia constitucional correspondiente, modular, matizar y adaptar los principios penales que sanciona el artículo 25.1 de la Constitución a las características propias y exigencias espe-

187 Fundamento jurídico 6.

188 Que “está ocurriendo en la praxis judicial”, según García Macho, R., “La potestad disciplinaria de los colegios profesionales”, op. cit., pág. 477.

189 Vid. Martín-Retortillo Baquer, L., “El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional”, op. cit., págs. 293 y ss., que entiende, pág. 335, que, dentro de las coordinadas constitucionales, “la fórmula de la disciplina colegial no sólo es tolerable, sino, incluso, aconsejable y ausplicable”; o, Calvo Sánchez, L., *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, op. cit., pág. 689, para quien las potestades normativa y sancionadora son instrumentos “conquistados” históricamente por los colegios profesionales [...], y que han recibido carta de naturaleza en la Ley de Colegios Profesionales”.

190 Ortega Martín, E., “Las potestades administrativas de las corporaciones públicas”, op. cit., pág. 225, quien contempla incluso la posibilidad de una triple sanción, penal, disciplinaria y colegial, conforme con el principio *non bis in idem*, para aquellos supuestos en que un funcionario público colegiado incurre en alguna actuación sancionable por vía penal que lesione de forma clara a la profesión, esto es, su prestigio, buen nombre, confianza de los ciudadanos en su probidad, etc.

cíficas de la acción pública y, por ende, de la protección administrativa del interés general. Sin que esa modulación pueda llegar a suponer, en caso alguno, la supresión absoluta o la desaparición, sin más, de unas garantías mínimas dirigidas a asegurar aquellos derechos fundamentales de los ciudadanos afectados por el ejercicio de la potestad sancionadora correspondiente.

Resulta criticable, en este sentido, y absolutamente desconcertante, sin duda, que más de treinta años después de la entrada en vigor de nuestra Constitución se continúe avanzando por la senda del Derecho Administrativo sancionador a golpe de pronunciamiento jurisprudencial, a partir de construcciones teóricas alumbradas por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa que, aun cuando han dado frutos admirables en pos de la protección de los bienes jurídicos e intereses públicos afectados, han de volver a su cauce natural de enjuiciamiento de la acción administrativa y del ejercicio de las potestades públicas sobre unos mínimos legales adecuados, definidos *a priori* por el legislador competente¹⁹¹.

¹⁹¹ En sentido similar se pronuncia Casino Rubio, M., “Las garantías constitucionales del procedimiento administrativo sancionador”, en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Aranzadi, 2008, págs. 181 y ss., para quien el “saldo técnico” del camino recorrido conjuntamente por la doctrina y la jurisprudencia administrativas en el campo del Derecho administrativo sancionador es “muy satisfactorio”, sin que pueda decirse lo mismo del “legislador general administrativo que, en todo este tiempo, apenas ha acertado a establecer unas pocas reglas, que están tomadas además en su mayor parte de la doctrina del Tribunal Constitucional, y que alivian más bien poco el lastre del Derecho penal que todavía se arrastra”.

