

# **La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía (Comentario a la STS de 2 de febrero de 1998, Ar. 2060)**

**Miguel Casino Rubio**

Profesor Titular interino de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

## I

Las sanciones administrativas son conocidamente el instrumento típico de que dispone la Administración pública para corregir las conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Pero no son, desde luego, el único. Sin sancionar, la Administración cuenta también con otros variados instrumentos para imponer el respeto a lo dispuesto en las normas. Distinguir las sanciones de aquellas otras medidas administrativas que, aun cuando con un contenido y función semejante, no pertenecen al campo del Derecho administrativo sancionador es, bien se comprende, una cuestión principal. Por lo pronto, de ello depende la aplicación o el distanciamiento de los principios y garantías vinculados al *ius puniendi* del Estado. Aunque, por lo común, esta distinción no plantea especiales dificultades, no siempre es así. Ejemplo de esto último es el caso resuelto finalmente por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 1998.

## II

El supuesto entonces enjuiciado fue en síntesis el siguiente. Con fecha de 7 de marzo de 1994, el Gobernador Civil de Segovia acordó incoar expediente sancionador contra la propietaria de un local destinado a café-bar que venía funcionando sin la preceptiva licencia de apertura, en cuanto tales hechos podían resultar constitutivos de la infracción prevista en el artículo 23.d) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante LoPSC), que considera infracción grave «la apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas careciendo de autorización o excediendo de los límites de la misma». Instruido el expediente y comprobada la realidad de los hechos, el Gobernador Civil, con fecha 30 de junio de 1994 y de conformidad con la propuesta formulada por el instructor, dictó resolución final ordenando «la clausura del establecimiento

objeto del presente expediente», advirtiendo de que ésta «tendrá carácter indefinido, hasta tanto se obtenga la preceptiva licencia de apertura del mismo, de conformidad con la legalidad vigente».

Contra esta resolución, luego confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la propietaria interpuso recurso de casación al amparo de la Ley 62/1978. Y recurso que funda, entre otros motivos, en la infracción del principio de tipicidad de las sanciones *ex* artículo 25 CE, argumentando que la sanción impuesta no está prevista en el catálogo de las descritas en el artículo 28 LoPSC, que si bien refiere para las infracciones graves la sanción de clausura del establecimiento, la limita hasta un tiempo máximo de seis meses.

El Tribunal Supremo acepta este planteamiento y, en su consecuencia, revoca la Sentencia de instancia y anula la clausura así impuesta, al estimar, en efecto, que «la imposición que de la misma se hace en el acto sancionador, con carácter indefinido hasta tanto se obtenga la preceptiva licencia de apertura, excede claramente del margen ofrecido por la Ley en el marco sancionador en que se ha movido la Administración».

### III

A poco que se observe el relato anterior, podrá apreciarse el tremendo error en que incurrió la Administración en el presente asunto.

En la dicción del artículo 23.d) LoPSC, la apertura de un establecimiento sin contar con la preceptiva licencia constituye una infracción grave. Sobre esto no puede existir ninguna duda. Como incuestionable es asimismo que el artículo 28.1.e) LoPSC previene la sanción de cierre hasta seis meses para las infracciones graves. En estas condiciones, la incoación del expediente sancionador y la calificación de los hechos son, desde luego, correctas.

Yerra, sin embargo, la Administración en la determinación de la sanción aplicable. La clausura indefinida del local, hasta tanto se obtenga la preceptiva licencia, es una decisión realmente desafortunada. Jurídicamente porque el carácter indefinido del cierre no se aviene con el principio de tipicidad de las sanciones ni casa tampoco con el margen que el artículo 28.1.e) LoPSC concede a la Administración, como muy bien se encargó de subrayar el Tribunal Supremo. Pero sobre todo lo es técnicamente, porque la clausura de un establecimiento que carece de la precep-

tiva licencia de apertura no constituye en rigor ninguna sanción. Refiere, muy al contrario, una simple decisión administrativa de restablecimiento del orden jurídico indebidamente alterado.

Sucede siempre que hay un incumplimiento. Para obtener el respeto de lo ordenado o prohibido en la norma, no siempre es preciso que la Administración eche mano de su potestad sancionadora. En ocasiones, como ha recordado NIETO (*Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 263), sobra con que simplemente ponga en marcha sus prerrogativas de autotutela ejecutiva. La misma advertencia luce también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que igualmente tiene dicho que «no siempre la eficacia coercitiva de un mandato incumplido o de una prohibición no respetada determina una infracción sancionable» (STS de 29 de enero de 1992; Ar. 777). De tal modo, como dice la Sentencia de 23 de enero de 1992 (Ar. 750), «la vulneración del ordenamiento jurídico puede dar lugar a distintas consecuencias que (...) pueden clasificarse en dos categorías distintas: i) la imposición de una sanción, si aquélla está tipificada como infracción, y ii) la restauración del orden jurídico perturbado».

A menudo, distinguir una de otra respuesta administrativa puede resultar incluso sencillo con sólo atender al diseño normativo. Si la medida en cuestión no está incluida en el correspondiente catálogo de sanciones no será posible atribuirle carácter sancionador. Una primera dificultad surge, sin embargo, cuando aquélla sirve potencialmente a ambos señores y es alternativamente, según los casos, sanción o medio para reparar el orden quebrantado. Cuando esto sucede, la verdadera naturaleza y contenido de la decisión en cada caso considerada se convierten en un criterio principalísimo.

Desde esta última perspectiva, las sanciones administrativas son siempre, en cualquiera de sus formas, de naturaleza constitutiva y de contenido aflictivo. Instituyen al infractor en una posición jurídica nueva o distinta y, además, desfavorable respecto a la que aquél disfrutaba antes de cometer la infracción. Esa nueva situación consiste, típica y principalmente, en la imposición de una obligación de pago, y/o en la pérdida (total o parcial, definitiva o temporal), de una situación subjetiva favorable constituida por el Derecho administrativo, acordadas en el ejercicio de la correspondiente potestad sancionadora y siempre con un fin punitivo.

Por el contrario, las medidas de tipo reparatorio, aun cuando traen causa también de un incumplimiento previo, son simplemente declarativas del régimen jurídico sustantivo de referencia no respetado o incumplido,

y su contenido, limitado por eso mismo a restablecer la situación indebidamente alterada, carece de todo contenido afflictivo, sin añadir ni quitar nada a la posición jurídica del infractor. Y son, por ello también, independientes y compatibles, en su caso, con la imposición de la sanción que proceda.

El fundamento último de una y otra decisión es, pues, bien distinto: en uno, represor del incumplimiento; en el otro, reparador de éste (*rectius* de su resultado). En otras palabras, las sanciones administrativas castigan la perturbación, infligiendo un mal que no restablece el orden quebrantado por la infracción; las medidas reparatorias la remedian, restituyendo las cosas a su estado anterior.

#### IV

Estas claras diferencias, de consuno con las circunstancias del presente asunto, ilustran sobre el grueso calibre del error cometido por la Administración, al atribuir carácter sancionador a una decisión de cierre que técnicamente no demandaba ni posee esa condición. Como quiera, en efecto, que el local carecía de la preceptiva licencia de apertura es obvio que su propietario no disfrutaba de ninguna situación subjetiva favorable susceptible de ser abatida o reprimida mediante la orden de clausura, que es, por eso mismo, una decisión administrativa huérfana de cualquier contenido afflictivo y, en cuanto tal, de estricta competencia local, como más adelante se insistirá.

Naturalmente, para ordenar el cierre de un establecimiento que funciona sin la correspondiente autorización administrativa, la Administración no necesita echar mano de su potestad sancionadora. Sobra con que simplemente ponga en marcha sus prerrogativas de autotutela ejecutiva y, en su virtud, concrete —actualizando con carácter meramente declarativo— la prohibición normativa del ejercicio de la actividad sin previa autorización administrativa. Por ninguna otra razón, la orden de clausura rige hasta el momento en que el propietario afectado obtenga la oportuna licencia (lo que, dicho sea de paso, hace más incomprensible aún el error de la Administración, que sí parece reparar en cambio en el absurdo que supondría sujetar el cierre comentado a los estrictos plazos sancionadores establecidos en la LoPSC).

El error de la Administración es tan notorio que la propia Sala, luego de justificar su fallo anulatorio en los términos antes vistos, no puede por menos que acabar advirtiendo que,

«con toda evidencia el tratamiento de la cuestión debatida probablemente obligaría a otra solución si la decisión de clausura indefinida se hubiera adoptado en el ámbito de las potestades de policía o intervención administrativa, sin perjuicio de que desde el punto de vista sancionador se hubiese acudido también a imponer alguna sanción de las reguladas en el artículo 28, pero lo que no cabe es acogerse a este precepto para justificar una medida de clausura en términos de indefinición que probablemente estén justificados como intervención policial pero no como sanción».

Advertencia que en ocasiones posee un mayor rigor. Como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1998 (Ar. 7637), dictada en un supuesto, además, en el que lo que se juzgaba era también unas órdenes administrativas de cierre, entonces de una emisora de radio clandestina. En su recurso, sostiene el recurrente la nulidad de pleno derecho del citado cierre por entender, entre otros motivos, que el mismo había sido adoptado de plano, sin previa instrucción de expediente sancionador alguno y con omisión del trámite esencial de audiencia. A juicio del Tribunal Supremo, sin embargo,

«es lo cierto que una decisión como la adoptada, en la que se ordena el cierre de una emisora clandestina, es decir, de la que emite sin poseer la correspondiente concesión administrativa, ni tiene propiamente naturaleza sancionadora, ni requiere de otro trámite procedimental previo distinto al de la mera comprobación de esa carencia. Ello es así porque el contenido de la decisión se limita a restablecer la situación que debió ser respetada mientras no se obtuviera el previo acto concesional, sin cercenar derecho alguno, hasta entonces inexistente, ni adicionar consecuencia, efecto o gravamen reconocible como sanción en sentido estricto».

## V

Probablemente, todo el equívoco venga inducido por el hecho de que la LoPSC contemple expresamente el cierre temporal como sanción. Con todo, pobre excusa para la Administración, acostumbrada como está a incumplimientos de este tipo. Sobre todo porque al atribuir carácter sancionador a la clausura comentada, la Administración no sólo equivocó el tiro de su intervención, abriendo de paso la puerta a la estimación del recurso, sino que, además, y esto es lo decisivo, dejó sin sancionar una evidente infracción administrativa. Porque, en efecto, idéntico resultado liberatorio y también reproche cabría formular si la clausura hubiese sido decidida por plazo determinado e inferior al de seis meses que establece el citado art. 28.1.e) LoPSC y, por tanto, incluso por más que la Sentencia —sin perjuicio de lo que en seguida se dirá— hubiese confirmado la legalidad del cierre así decidido. La razón es bien sencilla pero concluyente: si, en las comentadas circunstancias, el cierre de un establecimiento no es nunca ninguna sanción es obvio que aquel mal puede fungir como tal, con in-

dependencia de su legalidad o no. Lógicamente, para corregir la infracción advertida (la apertura de un establecimiento careciendo de autorización) la Administración sólo pudo imponer la sanción de multa prevista en el apartado a) del citado artículo 28.1 LoPSC, que bien parece, en efecto, la única procedente.

De todas formas, no mucho mejor es, pese a lo que a primera vista pudiera pensarse, la situación en que queda el propietario afectado. Aunque la Sentencia comentada, es verdad, anula y deja sin efecto la sanción de cierre decretada, no legaliza la actividad considerada ni blindo al propietario-afectado frente a nuevas y eventuales medidas administrativas de cierre. Con la Sentencia en la mano, éste no podrá evitar, en efecto, que la Administración pueda volver sobre sus pasos y ordenar nuevamente la clausura del local, en tanto no cuente con la preceptiva autorización. Bastará con que la Administración, atendiendo a su auténtica naturaleza, descargue de todo contenido sancionador a su nueva decisión de cierre para legitimar ésta y desactivar de inmediato cualquier línea de defensa que el propietario pretendiera instar al amparo de los principios y reglas característicos del Derecho administrativo sancionador.

Incidentalmente acaso convenga notar que ni siquiera la competencia para decretar el cierre de un establecimiento que carece de la oportuna licencia de apertura correspondería, justamente por no constituir ninguna sanción, al Gobernador Civil. Consiste típicamente, por el contrario, en una competencia de lógica municipal. De esta suerte resulta menos insólita otra consecuencia de todo lo anterior: la clausura comentada, aun rebajada de todo contenido sancionador, sería igualmente nula de pleno derecho *ex* artículo 62.1.b) LRJPAC, en tanto que dictada por un órgano manifiestamente incompetente, en este caso, por razón de la materia.

En cualquier caso, en fin, demasiadas complicaciones para un asunto que bien pareciera sencillo y, además, resuelto técnicamente, pero que en ocasiones, como demuestra la jurisprudencia reseñada, termina por confundirse lamentablemente. De estas debilidades, además, se sirven con frecuencia los afectados para fundar sus recursos, muchos de ellos sin cuento como también se ha comprobado. Por esta última razón, acaso vaya siendo hora ya de que el legislador tome cartas en el asunto y aclare este extremo, aunque ello reconocidamente no sea fácil.