

**Título de la obra:**

La facultad de imposición de sanciones administrativas en grado inferior como mecanismo de proporcionalidad; estudio e interpretación del artículo 29.4 LRJSP a la luz de la reciente STS 2596/2025, de 05/06/2025.

**Nombre y profesión del autor:**

Enrique Soler Santos

*Letrado de la Comunidad de Madrid.*

*Letrado en excedencia de la Junta de Andalucía.*

*Letrado en excedencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.*

**Resumen:** El estudio analiza la STS 2596/2025, que fija doctrina casacional sobre el art. 29.4 LRJSP, introducido en 2015 para permitir la imposición de sanciones administrativas en grado inferior cuando lo exija la debida adecuación de la sanción a los hechos y circunstancias de la infracción. La sentencia admite la aplicación retroactiva del precepto *in bonam partem* y fija su interpretación, en el sentido de que “sanción en grado inferior” debe entenderse como la sanción prevista para las infracciones inmediatamente inferiores en gravedad a la cometida. Tal doctrina plantea dudas técnicas y prácticas relevantes. El estudio contrasta los efectos de la interpretación fijada con la alternativa de computar las sanciones inferiores en grado de forma análoga a lo previsto en el ámbito penal, ejemplificando los posibles efectos de ambos sistemas alternativos en distintos ámbitos sectoriales. Se concluye que corresponde a la jurisprudencia ulterior clarificar la interpretación del precepto y, en su caso, al legislador mejorar su redacción, siendo aconsejable entretanto una aplicación prudente por parte de las Administraciones.

**Palabras clave:** Principio de proporcionalidad, sanción en grado inferior, retroactividad favorable, principios de legalidad y tipicidad, seguridad jurídica.

**Abstract:** The study analyzes the Spanish Supreme Court Judgment 2596/2025, which establishes binding case law regarding Article 29.4 of the Spanish Public Sector Act. Such provision was introduced in 2015 to allow the reduction of administrative sanctions proportionally to the facts and circumstances of the infraction. The judgment recognizes the retroactive application of the provision *in bonam partem* and clarifies its interpretation. According to the judgement, sanctions can be lowered to equal the sanction provided for infractions immediately less severe than the one committed. This doctrine raises significant technical and practical questions. The study weights the effects of the Court’s interpretation against the alternative of mitigating sanctions according to criminal law provisions, illustrating the potential effects of both systems in different sectors of public law. The study thus concludes that subsequent case law should further clarify the provision’s interpretation. Ideally, parliament should furthermore redraft the provision in a clearer sense. Meanwhile, administrative authorities should refrain from excessive or disproportionate lowering of sanctions.

**Key words:** Proportionality principle, sanction mitigation, retroactivity *in bonam partem*, principle of legality, principle of specificity, legal certainty.

## **1. Planteamiento general.**

La sentencia núm. 2596/2025, de 05/06/2025, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, recaída en el recurso de casación núm. 2014/2023, ha fijado la siguiente doctrina casacional:

*"en aplicación del principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 29 de la Ley 40/2015 , el apartado 4 de dicho precepto permite que, cuando lo justifique la debida adecuación de la sanción que deba aplicarse a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y a las demás circunstancias concurrentes, el órgano competente imponga la sanción establecida legalmente para las infracciones inmediatamente inferiores en gravedad, debiendo motivar adecuadamente el cumplimiento de los supuestos legales previstos en dicho precepto".*

Con ello, la sentencia fija la interpretación del apartado 4 del artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo tenor es el siguiente:

*"Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior."*

La sentencia realiza en primer lugar algunas consideraciones sobre el principio general de retroactividad en materia sancionadora, concluyendo que resulta aplicable el precepto, que carecía de equivalente en la legislación anterior, a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor.

Sentada la premisa de su aplicabilidad, la sentencia procede a interpretar el tenor del precepto, y concretamente el concepto de *"sanción en el grado inferior"*, fijando al respecto la doctrina casacional ya dicha, conforme a la cual no ha de entenderse, tal y como habría cabido pensar a priori, como *'sanción inferior en grado'*, sino, al contrario, como *"sanción establecida para las infracciones inmediatamente inferiores en gravedad"*.

Si bien la sentencia ha merecido el aplauso de muchos como un triunfo del principio de proporcionalidad, y siendo sin duda loable el afán de garantizar la proporcionalidad material en el caso concreto, cuyas circunstancias son ciertamente singulares, lo cierto es que la doctrina casacional fijada, llevada a sus últimas consecuencias más allá del caso concreto, deja sin respuesta una serie de interrogantes.

Se desgranar en el artículo distintas cuestiones que acaso habría sido deseable que la sentencia hubiese abordado, así como posibles inconvenientes prácticos que pudieran derivarse de su aplicación.

La metodología seguida es la de contrastar en cada caso la solución ofrecida por la sentencia con la posible alternativa que resultaría de interpretar “sanción en grado inferior” como “sanción inferior en grado”, ilustrando la comparación con la proyección paralela de ambas alternativas sobre ejemplos concretos extraídos de distintas normas sancionadoras.

Las conclusiones alcanzadas apuntan a que sería necesario, *de lege data*, clarificar en la ulterior jurisprudencia determinadas implicaciones de la sentencia estudiada; a que sería conveniente, *de lege ferenda*, que el legislador aborde la materia, optando por uno de los modelos alternativos de gradación y apurando en detalle su regulación; y a que sería aconsejable, entretanto, el comedimiento de los órganos administrativos en la aplicación de dicha doctrina casacional, que no fija un “suelo” mínimo, para evitar caer en la imposición de sanciones irrisorias que pudieran vulnerar, no ya por exceso sino por defecto, el principio de proporcionalidad que precisamente llevó a la introducción de la norma legal en 2015.

## **2. Síntesis de los antecedentes.**

La parte recurrida en casación presentó en su día ante el Ayuntamiento de Valencina de la Concepción solicitud de legalización de ciertas obras iniciadas por su esposo sin licencia, y no finalizadas, para la construcción de una piscina en el jardín de la vivienda familiar, de la cual la solicitante es copropietaria.

A la vista de dicha solicitud se constata por el Ayuntamiento que la vivienda se encuentra incluida dentro de una zona delimitada como Zona Arqueológica en la Carta Arqueológica del municipio e inscrita en el Catálogo General del Patrimonio Histórico

Andaluz como Bien de Interés Cultural, aunque en un entorno de ámbito residual y con el grado de protección más bajo previsto por la normativa.

El Ayuntamiento, en vista de ello, remite la solicitud a la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía a efectos del otorgamiento, en su caso, de la preceptiva autorización, prevista en el artículo 33.3 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía.

Dicho órgano, sin embargo, considera que los hechos pueden ser constitutivos de infracción y, tras la tramitación del oportuno procedimiento sancionador, impone una sanción de 100.001 euros por la comisión de una infracción grave tipificada como tal en el artículo 109.h de la precitada Ley 14/2007, concretamente la *“realización de cualquier obra o actuación en inmuebles afectados por una inscripción como Bien de Interés Cultural en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, sin haber obtenido previamente las autorizaciones exigidas”*.

Interpuesto frente a dicha resolución sancionadora recurso de alzada, resulta desestimado por resolución de la Viceconsejería de Cultura y Patrimonio Histórico de la Junta de Andalucía. Contra dicha resolución se interpone recurso contencioso-administrativo.

### **3. Pronunciamiento en única instancia.**

Resulta competente para conocer del recurso, por los cauces del procedimiento ordinario y en única instancia, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla.

Recoge la sentencia de instancia, como hechos pacíficos, que las obras apenas habían sido iniciadas cuando se decretó su paralización; que la vivienda forma parte de una urbanización que se encuentra plenamente urbanizada y construida, en la que existen numerosas piscinas y en la que no se ha hallado ningún resto arqueológico; y que no consta que se hubiera afectado a ningún yacimiento ni bien de interés arqueológico, ni tampoco la presencia en el sustrato de la parcela de ningún resto arqueológico.

Repara también la sentencia de instancia en que la Delegación Territorial en Sevilla de la Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico otorgó finalmente la mencionada autorización del artículo 33.3 de la Ley 14/2007, en vista de lo cual el Ayuntamiento de

Valencina de la Concepción estimó la solicitud y autorizó la ejecución de la piscina, entendiendo que dichos trabajos no suponían un riesgo para el patrimonio histórico.

La sentencia desestima los argumentos de la demanda relativos a la ausencia del elemento subjetivo del tipo infractor y a la posible tipificación de la conducta, alternativamente, como infracción leve. La Sala autonómica considera acreditada la comisión de una infracción grave, así como la imputabilidad de dicha infracción a la parte demandante, a título de negligencia.

Sin embargo, a la vista de las especiales circunstancias del caso, la Sala autonómica aprecia una “*notable desproporción*” entre los hechos y la sanción legalmente prevista, en vista de lo cual hace aplicación del precitado artículo 29.4 de la Ley 40/2015, estimando parcialmente la demanda y reduciendo la cuantía de la sanción impuesta hasta los 10.000 euros, como habría correspondido a una infracción leve” *en el tercio inferior del grado mínimo*”.

La sentencia de instancia es de una notable parquedad en la motivación de las dos cuestiones jurídicas sobre las que pivotará el recurso de casación: la retroactividad y la interpretación del concepto de “*sanción en el grado inferior*”.

Sobre lo primero, se limita a constatar que la retroactividad es de carácter favorable:

*“[...] se estima procedente la aplicación del anterior precepto, aún cuando fuere de modo retroactivo, pues indudablemente en este caso, se hace con carácter favorable para el infractor [...]”.*

Sobre lo segundo, la sentencia de instancia ni siquiera contempla hipotéticamente la posibilidad de que quepa otra interpretación, ni hace ningún tipo de exégesis del artículo 29.4 precitado. Ni siquiera hace alusión a la novedad del precepto, ni a sus antecedentes, ni a su contexto.

La sentencia parece dar simplemente por sentado que el precepto faculta al órgano judicial para sancionar como infracción leve una conducta tipificada por la ley como infracción grave:

*“[...] resulta mas ajustado al principio de proporcionalidad aplicar la sanción establecida para la infracción inmediatamente inferior -leve-, que contempla un*

*límite máximo de 100.000 euros y que, en este caso, dado el cúmulo de las anteriores circunstancias, se estima más proporcionada en el tercio inferior del grado mínimo que señala la recurrente, en la suma de 10.000 euros.”*

Frente a dicha sentencia prepara recurso de casación la representación procesal de la Junta de Andalucía.

#### **4. Cuestión de interés casacional.**

Mediante auto de admisión de 29 de mayo de 2024, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo fijó como cuestión de interés casacional la siguiente: *"determinar si en aplicación del principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 29.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público resulta posible, en consideración de las circunstancias concurrentes, la imposición de la sanción establecida para la infracción inmediatamente inferior a la establecida en grado del caso que se trate"*.

Nótese que ya en el auto de admisión subyace una cierta imprecisión conceptual, o acaso simple falta de rigor terminológico, que probablemente no hayan ayudado a la Sala en su labor exegética y hermenéutica, con las consecuencias que luego veremos. Nos referimos a la imposibilidad semántica de dar sentido al sintagma *“infracción inmediatamente inferior a la establecida en grado del caso”*. No es que la cuestión así formulada resulte incomprensible, a la vista del contexto, pero sí equívoca y poco rigurosa, por lo que la Sala hace bien en reformularla en la sentencia, en el sentido ya visto.

#### **5. Aplicabilidad retroactiva del artículo 29.4; su consideración como disposición sancionadora favorable.**

En primer lugar, la sentencia realiza una serie de consideraciones (incidentales respecto de la cuestión de interés casacional objetivo delimitada en el auto de admisión, por lo que no se trasladan a la doctrina casacional fijada) relativas al alcance de la aplicación temporal del precepto citado.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común carecía, en efecto, de una norma equivalente. Su antiguo artículo 131, concordante con el vigente artículo 29, contaba únicamente con tres apartados, que se corresponden con los apartados 1 a 3 de este último. De modo que las previsiones de los apartados 4 a 6, relativas a la infracción continuada, al concurso ideal de infracciones y a la sanción de grado inferior, constituyen una novedad introducida en 2015.

Resulta por tanto aplicable la regla establecida en materia de retroactividad en el artículo 26.2 de la Ley 40/2015:

*“las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción [...]”.*

La Administración recurrente en casación había sostenido que la norma en cuestión no era una norma referida a la tipificación de la sanción, sino a la facultad excepcional de modular la sanción tipificada, y por tanto quedaría excluida del ámbito para el que el artículo 26 contempla la aplicación retroactiva.

El Tribunal Supremo rechaza este argumento e interpreta el artículo 26 en sentido expansivo. Considera la Sala al respecto que el principio de retroactividad favorable, que orienta todo el derecho sancionador, se extiende también a la aplicación retroactiva de una norma relativa no ya a la tipificación de la infracción y de la sanción, sino a la modulación excepcional de la misma en aras de la proporcionalidad:

*“El inciso añadido a lo previsto en la Ley 30/1992, lejos de tener el efecto limitativo pretendido, tiene un sentido aclaratorio, aunque su redacción no sea la más afortunada. Quiere ello decir que la retroacción se extiende a todos los elementos que integran el hecho sancionador, citando expresamente la tipificación de la infracción, la sanción y los plazos de prescripción, pero deben entenderse incluidos también otros como la culpabilidad. Lo relevante es el resultado de esa aplicación de la nueva norma, esto es, que esta favorezca al expedientado o sancionado”.*

Por lo demás, este criterio es consistente con la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de retroactividad en el ámbito sancionador, contenida, entre otras, en la STS 457/2021, de 29 de marzo, y demás citadas en la propia sentencia.

En suma, en materia de retroactividad favorable la sentencia es continuista, y extrapola la jurisprudencia existente a un nuevo caso, extendiendo los límites del ámbito de aplicación del artículo 26 precitado.

Presenta interés en este punto la sentencia como ilustración de una línea jurisprudencial constante, que se viene aquí a apuntalar enfáticamente.

## **6. Exégesis e interpretación del artículo 29.4.**

- a. El supuesto de hecho: la “debida adecuación” entre la sanción, la gravedad del hecho y las circunstancias concurrentes.

Sentada ya la aplicabilidad de la norma, procede la sentencia a dilucidar el exacto sentido de su mandato.

El supuesto de hecho de la norma (necesidad de adecuar la sanción a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes), a pesar de ser un concepto jurídico indeterminado, ofrece pocas dudas en el caso en cuestión, a la vista de sus pormenores.

Son las circunstancias fácticas arriba expuestas, apreciadas por la Sala de instancia y, por lo demás, pacíficas, las que determinan la aplicabilidad del precepto, como se recoge en la sentencia de instancia: “ [...] *que se trata de una obra realizada por un particular, la ausencia de daños, la regularización final de las obras, así como su efectiva culminación tras la obtención de la autorización pertinente y la inmediata corrección de la situación tras la presentación de la solicitud de legalización de las obras por la propia actora* [...]”.

Por dicha razón, como antes hemos visto, apenas se ocupa la sentencia casacional de ello, y tampoco en la sentencia de instancia se realiza un especial esfuerzo argumentativo. El interés de la sentencia en este punto radica en que contribuye a dibujar la casuística a la que resulta aplicable el novedoso mecanismo modulador del artículo 29.4, al proyectarse

sobre un caso paradigmático que con facilidad se encuadra en la “*zona de certeza positiva*” o “*núcleo fijo*” (‘Begriffkern’, en la conocida terminología acuñada por la doctrina alemana) del concepto indeterminado de la “*debida adecuación*” entre la sanción y “*la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes*”, por lo que resulta muy ilustrativa.

b. La consecuencia jurídica: el esquivo concepto de “sanción en grado inferior”.

Paradójicamente, más dudas ofrece la interpretación del precepto en cuanto a su consecuencia jurídica: la posibilidad de imponer la sanción en el grado inferior. A pesar de que se trata, o debería tratarse, de un concepto técnico-jurídico determinado, esto es, unívoco, lo cierto es que es susceptible de dos acepciones o sentidos.

La Sala comienza dejando constancia de la falta de claridad del precepto a interpretar y de la escasa ayuda brindada a tal efecto por “*los antecedentes históricos y legislativos*”, aludiendo a la terminología del artículo 3 del Código Civil:

*“5.- Resta por determinar entonces cuál es la consecuencia de la concurrencia de ese supuesto legal, esto es, [...] qué debe entenderse por “la sanción en el grado inferior”, si lo que entendió la Sala de instancia [...] o cabe alguna otra interpretación.*

La sentencia no hace explícita en ningún momento esa “*otra interpretación*”. La tesis alternativa se descarta sin llegar siquiera a formularse de forma expresa, lo cual resulta tanto más desconcertante por cuanto que tampoco la Sala autonómica, como antes se dijo, explicitó los razonamientos que la llevaron a dar por sentado que el artículo 29.4 habilita para sancionar las infracciones graves como infracciones leves.

Procedemos, pues, en aras de la claridad, a esbozar de forma somera y aproximada una formulación de la tesis alternativa que la Sala tácitamente rechaza.

El sentido de “sanción en el grado inferior” más inmediato e intuitivo no es, a juicio de quien suscribe, el aplicado por la Sala de instancia, sino el de “sanción inferior en grado”, es decir, sanción calculada tal y como dispone, para las penas inferiores en grado, el Código Penal. Esta interpretación fue la sostenida, como pretensión subsidiaria en sede casacional, por la representación procesal de la Administración demandada.

El concepto de “pena inferior en grado” es un concepto consolidado en Derecho Penal, que alude a una técnica de gradación y cómputo de las penas perfectamente determinada. Sin ir más lejos, cabe acudir a la definición del lema “pena inferior en grado” ofrecida por el Diccionario panhispánico del español jurídico:

*“Pena calculada a partir de una pena base en la que el límite mínimo se obtiene tomando como referencia la cifra mínima de la pena base y deduciendo de esta la mitad de su cuantía, y el límite máximo se obtiene tomando como referencia la cifra máxima de la pena base [...]”.*

Hoy, dicha técnica está prevista en la regla 2ª del apartado 1 del artículo 70 del Código Penal:

*“Artículo 70.*

*1. La pena superior e inferior en grado a la prevista por la ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:*

*[...] 2.ª La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.”*

Dicha técnica tiene una larga tradición, con ligeros matices en su cómputo. El Código Penal de 1973 acogía el llamado “sistema de penas engarzadas”, en el que se evita la superposición de las penas reduciéndolas o incrementándolas, respectivamente, en un día (por ejemplo, para una pena de tres a seis años, la pena inferior en grado tendrá como límite superior tres años menos un día). La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal abandonó dicho “sistema de penas engarzadas” y lo sustituyó, pretendiendo una mayor simplicidad, por el llamado “sistema de tramos”, en el que el límite inferior de una pena determinada y el límite superior de la pena inferior en grado coinciden o se superponen ((por ejemplo, para una pena de tres a seis años, la pena inferior

en grado tendrá como límite superior tres años). La redacción del art. 70 CP introducida por la Ley Orgánica 15/2003, hoy vigente en ese aspecto, vuelve al sistema de penas engarzadas<sup>1</sup>.

Se mantiene constante, sin embargo, el principio general que orienta el cálculo y que tiene la ventaja de su sencillez: la pena inferior en grado se forma dividiendo su límite inferior por la mitad.

Se observa la facilidad con la que estas reglas de cómputo son trasladables al ámbito de las sanciones administrativas, tanto pecuniarias como privativas de derechos, facilidad que abona la tesis de que “sanción en grado inferior” no es otra cosa que “sanción inferior en grado”, así computada.

Lo mismo cabe decir de la reducción de las sanciones no ya en uno, sino en dos grados, también contemplada en la regla 2ª del apartado 1 del artículo 66 del Código Penal y también extrapolable sin dificultad aparente, a nuestro juicio, al ámbito de las sanciones administrativas:

*“2.ª Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.”*

Trasladando todo ello al caso que nos ocupa, partiendo de una sanción de 100.001 euros, el mínimo de la sanción inferior en un grado se situaría en 50.000'50 euros y el mínimo de la sanción inferior en dos grados, a su vez, se situaría en 25.000'25 euros.

De ahí que la pretensión subsidiaria de la parte recurrida en casación, formulada en su escrito de oposición, consista precisamente en que la sanción se imponga en cuantía de 25.000'25 euros (esto es, inferior en dos grados a la legalmente prevista).

Sin embargo, como adelantábamos, a pesar de que esta intuitiva interpretación del precitado artículo 29.4 a la luz del sistema penal de grados había sido planteada por ambas partes como pretensión subsidiaria, bien que en sentidos lógicamente contrapuestos, la

---

<sup>1</sup> Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

sentencia descarta tácitamente esa tesis y se decanta por la sostenida por el órgano de instancia, aun reconociendo las dificultades hermenéuticas de la cuestión:

*“6.- Hay que comenzar diciendo que no es claro el significado literal de la expresión utilizada. El grado inferior de la sanción parece referirse a un grado "que está debajo" del que correspondería en principio aplicar. Pero, por regla general, las sanciones administrativas no tienen grados superiores o inferiores. En la mayor parte de los casos las sanciones económicas se fijan mediante una escala de cuantías, más o menos extenso, aplicables respectivamente a las infracciones muy graves, graves y leves. Sobre ello volveremos después.*

*7.- Los antecedentes históricos y legislativos tampoco ayudan nuestra tarea hermenéutica [...].”*

La sentencia aborda la interpretación, en primer lugar, desde un prisma histórico, observando que en la legislación anterior no existe un precepto equivalente, pero sí un precepto reglamentario de tenor similar, aunque no idéntico. El artículo 4.3 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, señalaba lo siguiente:

*"En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo".*

Repara la Sala en que, a pesar de la similitud del tenor del precepto reglamentario, su legalización ha comportado dos importantes novedades: la sustitución de su carácter supletorio por una aplicabilidad general directa, y la sustitución del “grado mínimo” previsto en el precepto reglamentario por el “grado inferior” al que se refiere la ley vigente.

Constata también la Sala que, a pesar de la novedad y de la trascendencia de la redacción vigente, no fue objeto de enmiendas durante la tramitación parlamentaria.

Puesto que la exégesis de la norma, sus antecedentes y tramitación no resulta esclarecedora, la Sala se plantea en primer lugar la necesidad de *“indagar si no se trata de un mero error de transcripción o de una incorrección técnica, sino de la voluntad del legislador de incorporar una regla nueva”*. Concluye finalmente la Sala, tras un esfuerzo argumentativo acaso digno de mejor causa, que “grado mínimo” y “grado inferior” son conceptos disímiles, y que la sustitución de uno por otro no es accidental, sino deliberada.

El razonamiento de la Sala es, hasta aquí, impecable y, además, está profusa y pormenorizadamente motivado, explicitándose en detalle el iter intelectual seguido por la Sala para: i) sentar la premisa de la aplicabilidad retroactiva de la norma; ii) constatar que la norma es una novedad necesaria e intencionada; y iii) concluir que la norma faculta a los aplicadores del Derecho para traspasar a la baja los límites punitivos prefijados por el legislador, en aras de la proporcionalidad, a la luz de las circunstancias del caso concreto.

Sorprende un tanto que, tras todo ello, lo que verdaderamente constituye la cuestión mollar, es decir, la opción por uno de los dos posibles sentidos del precepto, y la exclusión de la alternativa, se despache en apenas unos párrafos. En este punto habría sido quizá deseable un desarrollo más extenso del razonamiento de la Sala. Lo que nos lleva, finalmente, a una serie de consideraciones sobre las implicaciones de este pronunciamiento.

## **7. Implicaciones técnicas y consecuencias prácticas del pronunciamiento casacional: un análisis crítico.**

### **a. Consecuencias prácticas: trascendiendo del caso concreto.**

La decisión casacional de confirmar la sentencia de instancia, aunque no se diga expresamente, parece estar guiada por el espíritu de garantizar la proporcionalidad en el caso de autos, es decir, de realizar la justicia material en el caso concreto. Tal es, sin duda, la primera y más importante función de los jueces, y el afán es loable. No cabe negar, además, que en el caso de autos la justicia material del caso concreto cobraba un gran protagonismo.

Es manifiesta la desproporción de una sanción de 100.001 euros impuesta a un particular que, sin ánimo de lucro, dio comienzo sin licencia a las obras para construir una piscina en su vivienda, ubicada en una urbanización en la que ya existían varias piscinas

similares, máxime teniendo en cuenta que fue el propio particular el que espontáneamente puso los hechos en conocimiento de la Administración, suspendió de inmediato las obras, y estas fueron finalmente autorizadas, por lo que ningún daño material efectivo (más allá de la creación de riesgo) se ha causado al patrimonio arqueológico. Mal habría entendido la opinión pública que el Tribunal Supremo hubiese elevado la sanción impuesta en la instancia por la Sala autonómica.

Dicho lo cual, es necesario preguntarse también por los efectos del pronunciamiento casacional más allá del caso concreto. Es sabido que la casación es un mecanismo nomofiláctico, en el que ha de prevalecer, más allá de los hechos concretos, la creación de un cuerpo uniforme y estable de doctrina, en aras de la deseable certidumbre del marco jurídico y en último término de la realización material del principio de seguridad jurídica. En particular, tras las sucesivas reformas de la casación contencioso-administrativa, que han dado prevalencia al *ius constitutionis* frente al *ius litigationis*.

Tales efectos, en este caso, trascienden del caso concreto y tienen una incommensurable proyección a futuro, pues la nueva doctrina casacional, al recaer sobre un precepto de la legislación estatal de aplicación general, resulta aplicable a todos los ámbitos sectoriales del derecho administrativo sancionador y a todos los niveles de la Administración.

Desde infracciones en materia de circulación hasta prácticas colusorias, desde daños al medio ambiente hasta la defraudación fiscal, desde multas pecuniarias de unos cientos de euros hasta prohibiciones de contratar que conlleven pérdidas millonarias, la sentencia abre la puerta a que se pueda solicitar, e incluso aplicar de oficio por la Administración sancionadora, que las infracciones muy graves se sancionen como graves, y las graves como leves, en aras de una pretendida adecuación de la sanción a los hechos y a las circunstancias del caso concreto.

Una adecuación que plantea las clásicas dificultades de los conceptos jurídicos indeterminados, pues no siempre el caso concreto será tan claro y elocuente como el que aquí nos ocupa. La casuística está llamada a forzar inevitablemente los límites del ‘halo de incertidumbre’ o ‘halo conceptual’ (‘Begriffshof’, en la doctrina alemana) del concepto de “debida adecuación” de la sanción a los hechos y a las circunstancias.

Y al ser paradigmáticamente las sanciones actos desfavorables, y estar regida la materia por el principio de *ne bis in idem*, tanto en su vertiente material como formal, cabe pensar que la nueva doctrina casacional pueda dar lugar a que en casos concretos, mucho más

dudosos que el presente, se dicten resoluciones sancionadoras que traten las infracciones graves como leves, y las muy graves como simplemente graves, y que una vez firmes sólo podrían ser revisadas en los muy tasados casos, y por los muy estrechos cauces, de la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho.

b. Inconvenientes técnicos (i): inaplicabilidad a las infracciones leves.

Más allá de estas indeseables consecuencias puramente prácticas, la interpretación casacional del artículo 29.4 presenta importantes desventajas técnicas frente a la alternativa que hemos expuesto.

En primer lugar, su inaplicabilidad a las infracciones leves: tal y como lo interpreta el Tribunal Supremo, el artículo 29.4 no ofrece ninguna solución para garantizar la proporcionalidad de las sanciones impuestas por infracciones leves.

En efecto, si se interpreta “*sanción en grado inferior*” como “*sanción establecida para las infracciones inmediatamente inferiores en gravedad*”, las infracciones muy graves podrán, en aras de la debida adecuación a los hechos y circunstancias, sancionarse como graves, y las graves podrán sancionarse como leves; pero para las leves, el artículo 29.4 no permitirá modulación alguna.

Por el contrario, si se hubiese aceptado la interpretación alternativa, entendiendo “*sanción en grado inferior*” como ‘sanción inferior en grado’, la proporcionalidad y la adecuación se garantizan para todo el espectro de posibles infracciones, incluidas las leves.

Volvamos al ejemplo que ofrece el caso de autos. Para una sanción de 100.001 euros por infracción grave, la interpretación del artículo 29.4 hecha por el Tribunal Supremo ha permitido la reducción a 10.000 euros, como infracción leve. Mientras que la interpretación alternativa sólo habría permitido reducirla a 25.000,25 euros, como infracción grave, pero imponiendo la sanción inferior en dos grados a la legalmente prevista.

En esta materia no se materializa el inconveniente técnico al que nos referimos porque la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, con técnica normativa mejorable, no establece un mínimo para las sanciones por infracciones leves, sino solamente un máximo.

Pero como hemos dicho, la interpretación del artículo 29.4, de aplicación general y supletoria, se proyecta virtualmente sobre cualquier materia y sobre cualquier nivel de la Administración, siempre que se trate de sanciones administrativas. Se trata posiblemente de un total de varios cientos de normas de rango legal que tipifican infracciones y sanciones con distintas técnicas, y existen numerosos ejemplos de infracciones leves para las que se prevén sanciones que pueden llegar a ser muy cuantiosas.

A título de mero ejemplo, véase el artículo 63.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia:

*“[...] las infracciones tipificadas en la presente ley serán sancionadas en los términos siguientes:*

*a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.”*

Con base en dicho artículo, no será difícil encontrar una sanción impuesta por la CNMC por infracción leve en una cuantía de 100.000 euros, cuantía mínima prevista legalmente para el caso de que no sea posible determinar la cifra de negocios mundial<sup>2</sup>.

Pues bien, para este caso que hemos tomado como ejemplo, a pesar de tratarse de una cuantía casi idéntica, la interpretación del artículo 29.4 consagrada por el Tribunal Supremo no ofrecería ningún tipo de solución, pues al ser una infracción leve, no existen *“infracciones inmediatamente inferiores en gravedad”* a cuyo marco de sanciones se pueda acudir.

De modo que, según dicha interpretación, por muy evidente y por muy sustancial que fuese la inadecuación de la sanción a la gravedad de los hechos y a las circunstancias concurrentes, el artículo 29.4 no permitiría modulación alguna, y habría de prevalecer el mínimo legal de 100.000 euros, dada la obligación de la Administración y de los jueces de resolver *secundum legem*.

Por el contrario, aplicando la interpretación alternativa, esto es, entendiendo que *“sanción en grado inferior”* significa simplemente ‘sanción inferior en grado’, el artículo 29.4

---

<sup>2</sup> Planteamos este ejemplo de forma meramente ilustrativa, por la similitud de las cuantías, y prescindiendo a los efectos de la exposición de otras particularidades y mecanismos de modulación propios del ámbito del Derecho de la Competencia, como los programas de clemencia.

permitiría reducirla a 25.000,25 euros, como infracción leve, imponiendo la sanción inferior en dos grados a la legalmente prevista.

Generalizando, observamos que en todos aquellos supuestos en los que la ley fija una sanción mínima para las infracciones leves, la interpretación por la que opta el Tribunal Supremo presenta el inconveniente de no permitir modulación alguna. Quedaría así el artículo 29.4 absolutamente inoperante en un buen número de supuestos en los que su aplicación podría ser tan pertinente como en el caso de autos, o incluso más.

Observamos que, paradójicamente, la doctrina casacional fijada, a pesar de estar orientada en principio a lograr una mayor proporcionalidad y adecuación de la sanción a la gravedad de los hechos, permitiría en algunos casos dividir entre diez, como en el caso de autos, una sanción impuesta por infracción grave; pero no permitiría reducir las sanciones impuestas por infracciones leves ni en un céntimo de euro.

Nótese que, por el contrario, la interpretación alternativa tiene la ventaja de una mayor uniformidad. En ningún caso permitirá reducir una sanción a la décima parte, pero siempre permitirá reducir a la mitad e incluso a la cuarta parte (sanción inferior en dos grados) el mínimo legalmente fijado. Y en aquellos casos en los que no haya un mínimo legal para las infracciones leves, sencillamente la proporcionalidad quedará garantizada mediante la gradación de la sanción según las reglas generales, sin necesidad de acudir al mecanismo excepcional del artículo 29.4.

Tratándose de un mecanismo tendente, es claro, a lograr una mayor proporcionalidad, parecería a priori preferible interpretar el artículo 29.4 como un mecanismo de aplicación generalizada que permita siempre una modulación razonable, frente a la alternativa de un mecanismo que en algunos casos permite reducir la sanción impuesta a una décima parte, o incluso hipotéticamente a una centésima o una milésima parte, y en otros no permite modularla en absoluto.

c. Inconvenientes técnicos (ii): indeterminación de la naturaleza de la sanción.

En segundo lugar, la interpretación que la sentencia fija del artículo 29.4 presenta el inconveniente de no dar respuesta a la cuestión de la naturaleza de las sanciones que cabe imponer en aplicación del precepto, en aquellos casos en los que la ley aplicable

contemple, para un mismo tipo de infracciones, tanto sanciones pecuniarias como sanciones privativas o suspensivas de derechos.

Valgan por caso las sanciones consistentes en prohibición para contratar con el sector público y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas previstas en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; o la suspensión de negociación del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, entre infinitud de otras normas sancionadoras.

Pues bien, en la interpretación sentada por la sentencia analizada, plantea dudas la posibilidad de que, en aplicación del artículo 29.4, el órgano judicial pueda modificar no sólo la magnitud, sino la naturaleza de la sanción impuesta, sustituyendo la pecuniaria por la privativa o suspensiva de derechos, o a la inversa; o bien distintas sanciones privativas o suspensivas entre sí.

Es cierto que, sin necesidad de acudir a la aplicación del artículo 29.4, los órganos judiciales ya podían anteriormente, en aplicación de los principios de tutela judicial efectiva y de cognición plena, mutar la naturaleza de la sanción impuesta; pero dicha posibilidad no alcanzaba, lógicamente, a imponer sanciones de distinta naturaleza previstas para infracciones distintas de la sancionada, y de gravedad inferior.

Se plantea, pues, la duda de si el órgano judicial, al reducir la sanción en aplicación del artículo 29.4, podrá, además, modificar su naturaleza. Por ejemplo, sustituyendo una sanción privativa o suspensiva de derechos impuesta por la comisión de una infracción grave por una sanción meramente pecuniaria prevista en la misma ley para una infracción leve, pero no prevista para la infracción cometida.

Estas dudas, nuevamente, no surgen en la interpretación alternativa. Si entendiésemos que el artículo 29.4 lo que permite es imponer una sanción inferior en grado a la prevista legalmente, será siempre de la misma naturaleza que la legalmente prevista para la infracción cometida.

Ciertamente, si la ley contemplase sanciones alternativas para una misma infracción, podría el órgano judicial revisar la decisión administrativa en el sentido de sustituir una por otra, y en su caso, imponer la inferior en grado. Pero en ningún caso podría imponer,

en aplicación del artículo 29.4, una sanción de una naturaleza distinta a la prevista por la ley para la infracción concreta de que se trate.

En síntesis, la mecánica de cálculo de las sanciones inferiores en grado, que ya se ha expuesto, implica únicamente una modulación cuantitativa, y nunca una alteración cualitativa, por lo que ofrece mayor certidumbre en cuanto a la naturaleza de la sanción susceptible de imponerse; mientras que la interpretación por la que opta la sentencia plantea dudas en cuanto a dicha posibilidad, a las que deberá dar respuesta la ulterior jurisprudencia, si no se anticipa el legislador.

d. Inconvenientes técnicos (iii): inespecificidad del marco sancionador.

En tercer lugar, la interpretación por la que opta la sentencia presenta otro serio inconveniente técnico que va en detrimento de la certidumbre del marco jurídico y, en último término, de la seguridad jurídica, tanto más necesaria en materia sancionadora. Nos referimos a que, interpretado como lo hace el Tribunal Supremo, el artículo 29.4 abre a la Administración y, en último término, al juez, la posibilidad de imponer cualquier sanción prevista en la ley para cualquier infracción de menor gravedad que la cometida, sin vinculación alguna con la concreta sanción fijada para la concreta infracción cometida.

Por así decir, el artículo 29.4 sería un “cheque en blanco” cuya cuantía se movería dentro de los límites de las sanciones legalmente previstas para una determinada categoría de gravedad, pero que no tendría por qué guardar una relación de proporción directa con la sanción concreta impuesta por la ley para una concreta infracción dentro de una categoría de gravedad.

Ciertamente, hay leyes sancionadoras, como la aplicable al caso de autos, que tipifican las sanciones mediante horquillas amplias, de modo que los límites de la sanción son los mismos para todas las infracciones graves, o para todas las muy graves.

Pero otras muchas leyes sancionadoras, a semejanza del Código Penal, individualizan la sanción para cada infracción dentro de una determinada categoría. Véase, por ejemplo, el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que consagra un sistema intermedio, en el que se establecen horquillas genéricas para categorías de infracciones según su

gravedad, pero también sanciones específicas para determinados tipos infractores en particular.

Véase también, a título ilustrativo, el régimen sancionador de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que establece, a semejanza de la parte especial del Código Penal, para cada tipo infractor la sanción correspondiente.

En este caso, existen tipos que pueden ser calificados como leves, graves o muy graves en función de la cuantía y de otras circunstancias. Es en este tipo de sistemas de gradación en los que la interpretación del Tribunal Supremo resultará más eficaz. Por ejemplo, la infracción del artículo 191 LGT, consistente en dejar de ingresar la deuda tributaria dentro del plazo establecido podrá ser leve, grave o muy grave. En tal caso, la aplicación del artículo 29.4, interpretado como lo hace el Tribunal Supremo, llevaría sencillamente a sancionarla como correspondería a la misma infracción, en la categoría de gravedad inmediatamente inferior (con el único inconveniente de no ofrecer modulación para las infracciones leves, como se ha dicho más arriba).

Pero no siempre es el caso. Por ejemplo, la infracción del artículo 194 LGT, consistente en solicitar indebidamente devoluciones mediante la omisión de datos relevantes o la inclusión de datos falsos, es siempre grave. Es en estos casos en los que la aplicación del artículo 29.4, interpretado como lo hace el Tribunal Supremo, aboca a que la Administración y, en último término, el juez, haya de moverse en un marco sancionador inespecífico.

¿Cuáles son los límites para sancionar como leve una infracción que la ley únicamente contempla como grave, cuando la propia ley no fija una horquilla genérica para las infracciones leves, sino la sanción correspondiente a cada infracción en particular? ¿Cabe entonces imponer cualquier sanción que la ley establezca para cualquier tipo infractor leve? ¿O existe algún requisito de homogeneidad entre los tipos infractores, o de identidad de razón, o de proporción entre las sanciones impuestas?<sup>3</sup>

Nuevamente, se trata de incertidumbres que no se plantean en el escenario alternativo de interpretar “sanción en grado inferior” simplemente como “sanción inferior en grado”. En este caso, no importa si la ley establece horquillas más o menos genéricas o específicas, porque el sistema de cómputo se basa en una relación de proporcionalidad

---

<sup>3</sup> De nuevo, el ejemplo se plantea a efectos meramente ilustrativos, sin desconocer las particularidades del ámbito tributario, también en materia sancionadora.

directa, a una razón fija (de la mitad o de un cuarto) con la sanción fijada por la ley para un tipo infractor determinado. No es relevante si la sanción se fija de forma específica o genérica, por lo que siempre habrá un punto de partida inequívoco para el cálculo, sin que haya posibilidad de lagunas como la arriba descrita.

e. Antecedentes históricos y legislativos; la legislación penal como criterio hermenéutico del artículo 3 del Código Civil.

Como expone la propia sentencia, estamos ante un mandato nuevo del legislador, que deliberadamente modifica la norma reglamentaria anterior. Dicha novedad ha llevado a la Sala a cerciorarse de antemano, prudentemente, de que la novedad era intencionada. Llama la atención que después no se despliegue el mismo celo en indagar el sentido en el que el legislador ha querido innovar.

Al abordar la interpretación desde el enfoque del criterio sistemático previsto en el artículo 3 del Código Civil, la Sala considera relevante la cita de una ley sectorial, concretamente el artículo 67.3 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico. En ella, explícitamente, el legislador ha contemplado la posibilidad de *“determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate”*.

Sin embargo, no se considera pertinente la consideración como criterio hermenéutico, desde ese mismo punto de vista sistemático, del Código Penal, norma general supletoria en materia sancionadora. Razona la Sala, al respecto, lo siguiente:

*“3.- Finalmente, no resulta posible, como pide la parte actora, la aplicación analógica de la regla 2ª del artículo 71.1 del Código Penal para limitar la cuantía de la reducción de la multa. En primer lugar, porque la Ley 40/2015 no establece esa limitación. En segundo lugar, porque, aun cuando el artículo 4.2 del Código Civil no incluya las normas administrativas sancionadoras en los supuestos de exclusión de la analogía legis, la jurisprudencia constitucional ha excluido el recurso a la analogía in malam partem en el Derecho administrativo sancionador, por resultar contrario al artículo 25.1 de la Constitución ( SSTC 75/2002, 52/2003 o 111/2004). Y, en último término, la diferente naturaleza y estructura*

*de las infracciones y sanciones penales tampoco permitiría esa traslación automática.”*

Sin embargo, hay razones para plantearse si los antecedentes históricos y legislativos, y concretamente la introducción coetánea de los apartados 4 a 6 del vigente artículo 29, no apuntan precisamente al necesario protagonismo del Código Penal en la exégesis del precepto.

La Sala, en el análisis de los antecedentes, a pesar de hacer referencia a las novedades incorporadas en el artículo 29 y su tramitación parlamentaria, no alude a los demás apartados de dicho artículo.

Nos parece, sin embargo, relevante dicho contexto sistemático, puesto que el precepto que aquí nos ocupa no es la única novedad incorporada en 2015 respecto a la ley anterior. Son tres, como más arriba hemos adelantado, los apartados introducidos.

Si bien el sentido del apartado 4, como venimos diciendo, no es unívoco, en los apartados 5 y 6 sí es inequívoca la voluntad del legislador de “trasplantar” al derecho administrativo sancionador, para tecnificarlo en el sentido de mejorar su exactitud, certidumbre y proporcionalidad, determinadas figuras tradicionales del derecho penal.

Concretamente, se introducen en dicho artículo las reglas relativas a la infracción continuada, similares a las previstas en el Código Penal para el delito continuado, y al concurso ideal de infracciones, similares a las previstas en el Código Penal para el concurso ideal de delitos.

En ese contexto, es llamativo que la sentencia no haya considerado hacer siquiera alusión al insoslayable paralelismo entre los tres nuevos apartados introducidos en el artículo 29 y sus correlativos preceptos del Código Penal.

No ofrece en principio ninguna duda que la *voluntas legis* ha sido equiparar las reglas de la infracción continuada a las del delito continuado, y las del concurso ideal de infracciones a las del concurso ideal de delitos.

Así lo explica Amoedo-Souto<sup>4</sup>, desgranando los distintos puntos de conexión entre las nuevas reglas introducidas en el artículo 29 y las concordantes del Código Penal:

*“70. En cuarto lugar, como un criterio derivado de la proporcionalidad, se establece que cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras (concurso ideal de infracciones), se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida, criterio también seguido por el artículo 8 del CP.*

*71. Esta idea es compatible con la de la acumulación de sanciones correspondientes a comportamientos fácticos distintos (concurso real de infracciones y sanciones) que la LRJSP no regula, salvo en lo previsto por el párrafo sexto del artículo 29 para las infracciones continuadas: será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.”*

Sin embargo, la Sala considera que, por el contrario, la *voluntas legislatoris* no ha sido la de equiparar las reglas de la aplicación de sanciones inferiores en grado a las de las penas inferiores en grado.

f. Ponderación de los principios de legalidad y de tipicidad.

Finalmente, existe una razón teórica en favor de la alternativa a la interpretación fijada por el Tribunal Supremo, relacionada con el principio de legalidad.

Se disculpará que hayamos dejado para el final precisamente los principios. La razón estriba en haber querido ser consecuentes con el innegable protagonismo que en el caso de autos han tenido los elementos fácticos y, más aún, humanos, por lo cotidiano del supuesto de hecho. Podría parecer frío oponer a la realidad concreta de ser multado con

---

<sup>4</sup> Amoedo-Souto, C.A. “EL DESARROLLO BÁSICO DE LA POTESTAD SANCIONADORA: 3.1. De la LRJPAC a la LRJSP y la LPAC”, en Manual de Derecho administrativo, Velasco Caballero y Darnaculleta Gardella (dirs.). Marcial Pons, Madrid, 2023.

100.001 euros por querer hacerse una piscina razones puramente teóricas o de estricta legalidad.

Ya hemos visto, no obstante, que la doctrina fijada presenta también inconvenientes desde el punto de vista de la realidad humana de otros casos concretos, pues no tendrá utilidad alguna en los casos, por desgracia igual de frecuentes, en los que resulte desproporcionada una sanción que, siendo igual de cuantiosa o más, se imponga por la comisión de una infracción tipificada como leve.

Dicho lo cual, como adelantábamos, existen también razones puramente teóricas que se oponen a permitir a los aplicadores del derecho, tanto la Administración como los tribunales, sancionar conductas muy graves como si fueran graves y las graves como leves.

En la teoría general de la individualización de la pena (extrapolable en este punto, como tal teoría general, a las sanciones administrativas) se suelen distinguir tres fases: la individualización abstracta por el legislador, fijando una horquilla para cada tipo infractor; la individualización por el aplicador del derecho, acotando horquillas cada vez más estrechas en función de los elementos objetivos y subjetivos y circunstancias de la infracción, siempre dentro del marco legal; y finalmente la especificación de una pena concreta, dentro de la horquilla previamente determinada.

Así lo explica, para el ámbito penal, el Fiscal Cadena<sup>5</sup>:

*“Es sabido que en la individualización de la pena hay tres funciones: legal, judicial y penitenciaria. Centrándonos en la función judicial también es posible ver tres fases. En la primera, de acuerdo con la subsunción que haya efectuado de los hechos, el juez delimita el marco penal genérico que corresponde al tipo o subtipos en su caso. También resuelve los concursos de normas o de delitos – medial, ideal o real– y las formas de aparición del delito como las correspondientes a los delitos, continuado o masa. Este marco es legal y abstracto. En la segunda fase, el juez, aplicando la propia ley, en función de la perfección o imperfección del delito, grado de ejecución, forma de participación, presencia del error de tipo o prohibición, y concurrencia de circunstancias, atenuantes, agravantes o eximentes incompletas, concreta aquel marco abstracto*

---

<sup>5</sup> CADENA SERRANO, F.A., “LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. REGLAS GENERALES Y ESPECIALES. NOVEDADES DE LA LO 1/2015”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, año 2015, número 0.

*en otro más reducido. Y es la tercera fase, que ocupa nuestro interés, aquella en que valorando todas las circunstancias del hecho y las personales del culpable, que no hubieran sido valoradas antes se concreta la pena a aplicar.”*

Este esquema es extrapolable, *mutatis mutandis*, al ámbito de las sanciones administrativas. Evidentemente no existe una fase penitenciaria (que por lo demás, tampoco existe en las sanciones penales no privativas de libertad) y sí una fase administrativa antes de la revisión judicial. Pero coincide en lo esencial el esquema, pues el que la individualización se produce en fases, o en cascada, siendo el poder legislativo el protagonista indiscutible de las fases primera y segunda, que consisten en acotar sucesivamente horquillas más estrechas atendiendo a los elementos y circunstancias del ilícito. Sólo en la tercera fase aparece un cierto margen de apreciación.

Así lo expone también Molina Fernández<sup>6</sup>:

*“[...] la determinación de la pena comprende el estudio de las reglas, generales (arts. 61 a 72) CP y especiales (arts. 73 a 79 CP), que partiendo de la pena base pre vista para el delito en abstracto en la Parte Especial, permiten al juez imponer la pena concreta en la sentencia, y que comprende tres fases:*

- 1. Determinación del marco abstracto de pena en la Parte Especial.*
- 2. Determinación del marco concreto de pena, atendiendo al grado de ejecución, grado de participación, circunstancias atenuantes y agravantes y concursos de delitos.*
- 3. Determinación de la pena exacta por el juez en la sentencia.*

*Las dos primeras etapas tienen una estructura idéntica: se parte de un marco inicial, en el que la pena se fija entre un mínimo y un máximo, y aplicando una serie de reglas se llega a un nuevo marco por medio de dos operaciones aritméticas: aumento o disminución de la pena en grado, y división de la pena en dos mitades.*

---

<sup>6</sup>MOLINA FERNÁNDEZ, F. “La determinación de la pena”, en Manual de Introducción al Derecho Penal, LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord..) ed. Agencia estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

*[...] Las penas superior e inferior en grado a otra dada tienen la misma estructura que ésta: se configuran como marcos contiguos, entre un límite mínimo y un límite máximo, que comienzan donde acaba, respectivamente por arriba o por abajo, el marco de la pena base. [...]”*

La interpretación acogida en la sentencia produce el efecto de invertir el orden de las fases, con preterición del poder legislativo. La fase segunda y la mayor parte de la primera quedan absorbidas por la apreciación del aplicador del Derecho, sea el poder ejecutivo o sea el judicial. En la hipótesis de que concurra el supuesto de hecho del artículo 29.4, la inadecuación entre la sanción, los hechos y las circunstancias (y a menudo, se entiende, bastará con que nos encontremos en el ‘halo de incertidumbre’ del concepto) lo único que les estará vedado será “el doble salto”, es decir, sancionar conductas muy graves como leves. Con ese exclusivo límite, desaparece el sistema de acotación en cascada de sucesivas horquillas. Ello podría no ser problemático en un sistema anglosajón, con mayor protagonismo del poder judicial en la determinación de las penas, como explica Cadena<sup>7</sup>:

*“[...] lo que los anglosajones denominan “art of sentencing”, que en los sistemas del “common law” está mucho más desarrollado en la medida en que la discrecionalidad del juez en la selección de la pena es incuestionablemente más amplia que en los sistemas continentales.”*

En abstracto, cabría incluso valorar positivamente esta posibilidad partiendo de la presunción, cada vez menos alejada de la realidad, de una mayor falibilidad del poder legislativo en comparación con el poder judicial. Sin embargo, se hace difícil encontrar asidero jurídico para ese desplazamiento implícito del *ius puniendi* del poder legislativo, en este caso, no ya al judicial, sino al ejecutivo.

Por el contrario, en la interpretación alternativa que hemos expuesto, la imposición de una sanción inferior en grado se integra armónicamente en la segunda fase de individualización a la que hemos hecho referencia, y guarda siempre una relación estricta de proporción con el mandato del legislador. Sistema que aparece como más respetuoso,

---

<sup>7</sup> CADENA SERRANO, F.A., op. cit.

a priori, con los principios de legalidad y tipicidad consagrados en los artículos 9 y 25 de la Constitución, respectivamente.

La cuestión tiene numerosas aristas y no caben respuestas categóricas; pero precisamente por ello se antoja excesivamente escueta la fundamentación, un tanto apodíctica, con la que la sentencia descarta de plano cualquier afectación a los principios de legalidad y tipicidad por la sencilla razón de que es el propio legislador el que introduce el mecanismo modulador del artículo 29.4:

*“(vi) Por otra parte, este criterio interpretativo del artículo 29.4 de la Ley 40/2015 no vulnera los principios de tipicidad y legalidad, como aduce la parte actora. En primer lugar porque es el propio legislador quien lo ha establecido explícitamente, al estipular un criterio legal para de determinación de la sanción aplicable alas infracciones administrativas en supuestos tasados y debidamente justificados.”*

Por supuesto, no cabe negar que el rango legal de la norma en cuestión es *conditio sine qua non* del sistema por el que opta el Tribunal Supremo. En otras palabras, no habría sido posible una sentencia como la que aquí analizamos antes de 2015, ni siquiera aunque el precepto reglamentario que es antecedente inmediato de la ley vigente hubiese tenido un tenor literal idéntico al de ésta.

Pero no cabe tampoco confundir condición necesaria y condición suficiente. No cabe descartar el riesgo de contravenir los principios de legalidad y de tipicidad por vía interpretativa, al atribuir al precepto, de entre los varios sentidos posibles, aquel que minimiza la intervención del legislador en la individualización de la sanción.

Sin duda ha pesado en el criterio de la Sala la consideración de que estamos ante un precepto que únicamente es susceptible de producir efectos *in bonam partem*, pues a diferencia del Código Penal, el artículo 29 es arma de un solo filo: no contempla la imposición de sanciones superiores en grado, sino únicamente inferiores.

Pero los principios de legalidad y de tipicidad no tienen un contenido exclusivamente garantista, como sí ocurre con otros principios (acaso el de responsabilidad de los poderes públicos). Se trata también de una reserva en favor de la ley, como expresión de la voluntad popular, de la determinación del marco de infracciones y sanciones. Y en este

sentido de reserva institucional, el principio de legalidad puede haberse visto afectado por la interpretación sentada por la sentencia, a pesar de que nunca esté llamada a producir efectos *in malam partem*.

Es también en este sentido de reserva, y no sólo en el de garantía, en el que se consagra el principio de legalidad en materia sancionadora en el artículo 27, apartado 2, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

*“2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.”*

Por todo ello, sin descartar que la decisión de la sentencia pueda ser en último término la correcta, habría parecido deseable un desarrollo más pormenorizado de los argumentos que han llevado a la Sala a considerar compatible con los principios de legalidad y tipicidad un sistema en el que, bajo la premisa de apreciar una inadecuación entre la sanción tipificada y la gravedad de los hechos y las circunstancias, la Administración puede sancionar las infracciones muy graves como graves y las graves como leves.

g. Recapitulación.

En suma, estamos ante la interpretación de un precepto legal susceptible, al menos, de dos sentidos posibles. Ambos presentan sólidos argumentos a su favor. Ha de acudirse, pues, a los criterios del artículo 3 del Código Civil, apartado 1:

*“Artículo 3.*

*1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”*

La tesis finalmente acogida por el Tribunal Supremo se funda explícitamente en consideraciones históricas y sistemáticas y en la equidad del apartado 2 del mismo artículo; e implícitamente, parece estar orientada a la realización de la justicia material en el caso concreto, lo que puede concebirse como una orientación hermenéutica teleológica,

tendente a la materialización, en el caso concreto, del fin del precepto, esto es, lograr la debida adecuación entre infracción y sanción.

La tesis alternativa, por su parte, también tiene a su favor argumentos históricos y sistemáticos, como, la simultaneidad de la introducción en el precepto de tres nuevos apartados y su claro paralelismo con las reglas y técnicas concordantes del Código Penal.

También un argumento literal o gramatical: es más inmediato e intuitivo, o más literal, desde el punto de vista lingüístico, interpretar “*sanción en grado inferior*” como ‘sanción inferior en grado’, y no como “*sanción establecida para las infracciones inmediatamente inferiores en gravedad*”.

A su favor cuenta igualmente con un argumento teleológico, pues más allá del caso concreto, el fin del precepto de lograr la debida adecuación entre infracción y sanción se vería garantizado, con esta interpretación alternativa, no sólo para infracciones graves y muy graves, sino también para las leves.

Todo lo cual nos lleva a reiterar que, al margen de la solución alcanzada, habría sido deseable un mayor desarrollo en la motivación de la sentencia en la que se hubiesen formulado con claridad las alternativas hermenéuticas y los argumentos en lid a favor de cada una, y se hubiesen explicitado los razonamientos y ponderaciones que conducen a la Sala a optar por una y descartar la otra.

## **8. Conclusiones.**

- Respecto a la aplicabilidad *ratione temporis* del artículo 29.4, vigente al tiempo de la resolución del recurso en vía administrativa, pero no al tiempo de los hechos, la sentencia avanza decididamente por la senda marcada por la constante jurisprudencia anterior, en el sentido de admitir ampliamente la retroactividad favorable en materia sancionadora, entendiendo que los términos del artículo 26 LRJSP son meramente ejemplificativos, no taxativos.
- Respecto al sentido del precepto, una vez sentada su aplicabilidad, la interpretación del artículo 29.4 por la que opta la sentencia se ha visto inevitablemente mediatizada, como no podría ser de otro modo, por el telón de fondo de las circunstancias del caso concreto. En tal contexto, probablemente cualquier sanción mayor a la impuesta por el órgano de instancia habría sido generalmente percibida como desproporcionada.

Siendo así, interpretar “sanción en el grado inferior” como “sanción establecida para las infracciones inmediatamente inferiores en gravedad” ha permitido a la Sala autonómica sustituir una sanción de 100.001 euros por una diez veces menor, lo cual no habría sido posible de haberse interpretado, alternativamente, como ‘sanción inferior en grado’. Desde el punto de vista de la realización de la justicia material del caso concreto, la sentencia es irreprochable.

- No obstante, la doctrina fijada tiene una enorme trascendencia más allá del caso concreto, al decantarse por una determinada interpretación de un precepto novedoso, y de aplicación general básica a todos los ámbitos territoriales, a todos los niveles administrativos y a todos los ámbitos sectoriales. Al generalizar dicha doctrina y llevarla a sus últimas consecuencias, surgen una serie de interrogantes, algunos de los cuales no obtienen respuesta en la sentencia.
- La interpretación acogida por la sentencia no era, en abstracto, la única posible. Existían también argumentos de peso en apoyo de la interpretación alternativa, esto es, entender que sanción en grado inferior significa sanción inferior en grado, calculándose dividiendo su límite inferior por la mitad. Concretamente, existían en apoyo de dicha tesis argumentos históricos (la consolidada técnica penal de cómputo de penas inferiores en grado); sistemáticos (la coetánea introducción en el artículo 29 de la LRJSP de tres apartados que parecen servir al mismo fin de trasladar distintas técnicas e instituciones penales al ámbito administrativo); gramaticales (la práctica inmediatez semántica entre los sintagmas ‘inferior en grado’ y ‘en grado inferior’); lógicos (la interpretación alternativa da respuesta satisfactoria a varios inconvenientes planteados por la interpretación casacional, como las relativas a la posibilidad de variar la naturaleza de las sanciones o a la especificación de la sanción cuando la ley no establece horquillas genéricas para categorías de gravedad, sino sanciones para cada tipo infractor en concreto) y teleológicos (la interpretación consagrada en la sentencia excluye toda modulación de las sanciones impuestas por infracción leve, para las cuales no se materializarían la proporcionalidad y la adecuación que constituyen la finalidad del precepto). Habría sido probablemente deseable que, con independencia de la solución finalmente alcanzada, la sentencia hubiese extendido su fundamentación al análisis de estas cuestiones, lo que sin duda habría resultado clarificador.
- *De lege ferenda*, parece más que conveniente que el legislador mejore la redacción del artículo 29.4, que con toda razón la sentencia considera equívoca y mejorable. Tal

modificación legislativa habría de optar, en primer lugar, por el sistema acogido en el Tribunal Supremo, o bien por la alternativa aquí planteada, o por otra hipotéticamente posible; y en segundo lugar, en cualquiera de los casos, desarrollar y detallar el sistema de cálculo de las sanciones. De acogerse por el legislador el sistema de la sentencia, deberá darse respuesta a los interrogantes relativos a la posible modulación de las sanciones impuestas por infracción leve, a la posible mutación cualitativa de la naturaleza de la sanción impuesta, a los límites del margen de apreciación de la Administración, y a las demás cuestiones arriba expuestas. Por el contrario, de acogerse el sistema de origen penal de sanciones inferiores en grado, deberán también concretarse, bien *ex novo* o bien por remisión, los detalles del cálculo. Por ejemplo, en relación con la mencionada posibilidad de reducir la sanción no ya en un grado, sino en dos.

- *De lege data*, sólo cabe esperar a que la ulterior jurisprudencia del Tribunal Supremo clarifique progresivamente los extremos inciertos que plantea la nueva doctrina casacional. Entretanto, y teniendo en cuenta que la interpretación del Tribunal Supremo, en muchos casos, no proporcionará un “suelo” o cuantía mínima en aplicación del artículo 29.4, cabe extraer de todo lo dicho más arriba un criterio orientativo de prudencia, ponderando que en el Código Penal está prevista la reducción del mínimo a la mitad (sanción inferior en un grado) o excepcionalmente a una cuarta parte (sanción inferior en dos grados), y que la Sala, en un caso caracterizado por unas muy particulares circunstancias, ha confirmado la reducción de la sanción a una décima parte de la inicialmente impuesta.
- Pero existe sin duda, al menos en el plano teórico, un límite (la vigésima parte, la centésima parte, la milésima parte...) a partir del cual la sanción deviene irrisoria, la adecuación de la sanción a las circunstancias deviene arbitrariedad y la aplicación del artículo 29.4 deviene fraude de ley. Para tales casos, cabría plantear la aplicación de la revisión de oficio de actos nulos de pleno Derecho incluso a resoluciones sancionadoras firmes. No parece, pues, aconsejable por el momento, a la espera de novedades jurisprudenciales, legales o doctrinales, sobrepasar a la baja el límite prudencial de la décima parte que la Sala andaluza ha alumbrado y el Tribunal Supremo, por así decir, ha bendecido.

