

Os criterios de graduación na potestade sancionadora da Administración en materia de seguridade alimentaria

Los criterios de graduación en la potestad sancionadora de la Administración en materia de seguridad alimentaria

The criteria to rate each penalty on the Administration's Power to Impose Penalties in Relation to Food Security



SERGIO DOMINGO BAAMONDE BOQUETE

Dr. Área de Dereito Financeiro e Tributario

Funcionario do Corpo Superior da Administración da Xunta de Galicia (España)

sergio.domingo.baamonde.boquete@xunta.gal

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

Resumo: Este traballo ten por obxecto analizar a principal manifestación do principio de proporcionalidade na potestade sancionadora da Administración, que non é outra que a existencia dos denominados criterios de graduación das sancións.

En concreto, o estudo céntrase na previsión normativa dos ditos criterios na área da seguridade alimentaria, con referencia ás normas estatais vixentes na materia tras o estudo da regulación contida na recentemente aprobada Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

Con esta análise, preténdese comprobar o grao de implementación que o antedito principio tivo na nosa normativa sanitaria, así como describir o comportamento de todos os criterios de graduación previstos mediante a explicación de composición e alcance e coa necesaria exposición dos seus puntos críticos.

Palabras clave: Proporcionalidade, criterios, graduación, sancións, Administración.

Resumen: Este traballo tiene por objeto analizar la principal manifestación del principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora de la Administración, que no es otra que la existencia de los denominados criterios de graduación de las sanciones.

En concreto, el estudio se centra en la previsión normativa de dichos criterios en el área de la seguridad alimentaria, con referencia a las normas estatales vigentes en la materia, previo estudio de la regulación contenida en la recientemente aprobada Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Con este análisis, se pretende comprobar el grado de implementación que el antedicho principio ha tenido en nuestra normativa sanitaria, así como describir el comportamiento de todos los criterios de graduación previstos mediante la explicación de composición y alcance y con la necesaria exposición de sus puntos críticos.

Palabras clave: Proporcionalidad, criterios, graduación, sanciones, Administración.

Abstract: This study tries to analyze the main component of the proportionality principle, which is the existence of certain criteria to rate each penalty, on the Administration's power to impose penalties.

To be precise, the research stresses the regulation of these criteria on food security in reference to Spain's current legal norms regarding this particular issue. There is a prior study of laws contained in the recently passed Act 40/2015 of the Public Administration from the first of October.

With this analysis, we attempt to test the degree of implementation that the prior principle has had in our legal sanitary norms. Likewise we want to describe the behavior of all graduated criteria through the explanation of the composition and range and the exposition of the critical points.

Key words: Proportionality, criteria, graduation, penalties, Administration.

Sumario: 1 Introducción. 2 Os criterios de graduación na potestade administrativa sancionadora na Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. 2.1 Panorámica xeral da regulación. 2.2 A regra de non beneficio. 2.3 Os criterios de graduación en particular. 3 A recepción dos criterios de graduación na Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade. 4 Os criterios de graduación na lexislación de seguridade alimentaria. Especial referencia ao Real decreto 1945/1983, do 22 de xuño. 4.1 O volume de vendas. 4.2 A contía do beneficio ilícito obtido. 4.3 O efecto prexudicial que a infracción puidese producir sobre os prezos, o consumo ou o uso dun determinado produto ou servizo ou sobre o propio sector produtivo. 4.4 O dolo, a culpa e a reincidencia. 4.4.1 O dolo e a culpa. 4.4.2 A reincidencia. 5 Conclusións. 6 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Sen dúbida ningunha os criterios de graduación son a principal manifestación do principio de proporcionalidade relativa á potestade sancionadora, principio que, en canto considerado cláusula do Estado de dereito¹ a partir da aprobación da Constitución española de 1978², lle vai afectar a toda intervención do sector público, con independencia de cal sexa a natureza da acción, é dicir, que vai estar presente en toda a actividade pública, sexa "normativa ou de aplicación e interpretación do dereito"³. Iso vai dar lugar a dous tipos de proporcionalidade⁴: a proporcionalidade subxectiva e a proporcionalidade abstracta.

A proporcionalidade subxectiva é aquela que lle impón ao órgano sancionador encargado da aplicación singular da norma a observancia dunha relación causa-efecto, co que se garantirá a elección da medida máis axeitada, mediante unha ponderación das circunstancias concorrentes⁵ que modulará o castigo.

Pola súa parte a proporcionalidade abstracta exíxelle ao lexislador que observe nas normas punitivas a coherencia entre os motivos determinantes do feito ilícito e as sancións que se van impor, é dicir, que se vai exixir o respecto dos postulados do principio de proporcionalidade tanto á hora de clasificar as infraccións nas distintas categorías ou niveis de infraccións como á hora de determinar as sancións con que se deban castigar esas infraccións. Esta é a chamada proporcionalidade na lei, e será da que nos ocupemos a continuación para tratar de ver se os criterios de graduación das sancións previstas na normativa reguladora da seguridade alimentaria son ou non suficientes para dar cumprimento ás exixencias do principio de proporcionalidade.

2 OS CRITERIOS DE GRADUACIÓN NA POTESTADE ADMINISTRATIVA SANCIONADORA NA LEI 40/2015, DO 1 DE OUTUBRO, DE RÉXIME XURÍDICO DO SECTOR PÚBLICO

2.1 Panorámica xeral da regulación

Pero, para iso, antes debemos partir da regulación xeral dos ditos criterios no noso dereito administrativo, e pódese afirmar que o principal punto normativo de referencia do noso ordenamento nesta materia o constituíu durante anos a LRXAP-PAC e, en concreto, o seu artigo 131. E dicimos que o era porque, como é ben sabido, esa lei foi derogada polas leis 39/2015⁶ e 40/2015, do 1 de outubro. En concreto, o réxime contido no citado artigo 131 LRXAP-PAC foi recollido no artigo 29 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, do réxime xurídico do sector público (en diante LRXSP), na análise da cal nos deteremos a continuación centrándonos no que aos criterios de graduación se refire e apoiándonos para iso, en gran parte, nas opinións vertidas pola doutrina acerca do antedito artigo 131 LRXAP-PAC, pois estas continúan sendo válidas en todo o que se refire a gran parte do artigo 29 da LRXSP, ao reproducir este practicamente todo o contido daquel.

O referido artigo 29 concreta os ditos criterios no seu apartado 3 ao dicir que «*na determinación normativa do réxime sancionador, así como na imposición de sancións polas administracións públicas se deberá observar a debida idoneidade e necesidade da sanción que se impoña e a súa adecuación á gravidade do feito constitutivo da infracción. A graduación da sanción considerará especialmente os seguintes criterios:*

a) *O grao de culpabilidade ou a existencia de intencionalidade.*

b) *A continuidade ou persistencia na conduta infractora.*

c) *A natureza dos prexuízos causados.*

d) *A reincidencia, por comisión no termo dun ano de máis dunha infracción da mesma natureza cando así fose declarado por resolución firme en vía administrativa».*

A iso débese engadir que o apartado 2 consagra a denominada regra de non beneficio cando sinala que «*o establecemento de sancións pecuniarias deberá prever que a comisión das infraccións tipificadas non resulte máis beneficiosa para o infractor que o cumprimento das normas infrinxidas*».

Denunciaba Santamaría Pastor⁷ a excesiva simpleza da regulación legal do principio de proporcionalidade que acometía a LRXAP-PAC, mentres que Sarmiento Ramírez-Escudero⁸, pola súa banda, cualificaba de confusa a redacción do artigo 131, xa que, na súa opinión, se enunciaban neste «unha serie de normas que non responden ao contido do principio (...) pois non representan o principio de proporcionalidade, senón que son mostras aplicativas del».

Quizais algunhas destas críticas carezan xa de sentido porque o actual artigo 29 afondou na regulación deste principio, aínda que é certo que o fixo sen realizar grandes cambios na determinación dos criterios de graduación. Vexamos se é así.

2.2 A regra de non beneficio

En relación co apartado 2, dicimos que recolle a regra de non beneficio, de grande importancia para a eficacia das sancións que se impoñan, pois implica a necesidade de que ao infractor non lle resulte máis vantaxoso infrinxir a norma, mesmo pagando a sanción, que observar a norma en cuestión. Noutras palabras, a entidade da sanción debe ser tal que logre disuadir o posible infractor de incumplir o mandato normativo, aínda que coa limitación imposta pola imprescindible adecuación entre a contía da sanción e a gravidade dos feitos.

É esta regra unha previsión acertada, aínda que cremos que quizais peque de certa inxenuidade en canto ao cálculo que se fixera das súas posibilidades de aplicación, e así xa sinalaba no seu momento Santamaría Pastor que o máis aconsellable tería sido pór de relevo non só a suficiencia da sanción e o seu carácter ablatorio, senón tamén o principio oposto da súa restrición ao importe estritamente necesario para cumprir a súa función⁹.

Outra crítica que pode facerse da redacción deste precepto é que, como puña de relevo Parada Vázquez con relación ao artigo 131 da LRXAP-PAC, esta previsión parece estar unicamente dirixida ao lexislador, pois o artigo 40 di que a referida regra debe ser observada “no establecemento das sancións pecuniarias”, pero nada di da aplicación das ditas sancións polo órgano administrativo competente¹⁰. É evidente que o citado autor non se refería aos casos en que o lexislador prevé unha contía fixa para cada sanción que cómpre impor, senón unicamente a aqueles supostos en que a lei prevé un abano de posibles sancións ou prevé que as multas poidan oscilar entre determinadas cantidades, de maneira que lle corresponda ao órgano competente decidir o *quantum* da sanción. Dito doutro xeito, entendemos que quixo pór de manifesto o incomprensible esquecemento do lexislador acerca daqueles supostos en que a Administración goza de certa discrecionalidade para elixir a cantidade da sanción a impor, suposto para o que o desexable é que tamén impere a regra da proporcionalidade.

É, en calquera caso, unha medida necesaria para paliar os efectos perniciosos que a ausencia dunha regra tan contundente nesta materia ocasionara, principalmente no ámbito do dereito administrativo sancionador ambiental¹¹.

2.3 Os criterios de graduación en particular

Pola súa banda, o apartado 3 positiviza as dúas manifestacións máis clásicas do principio de proporcionalidade no dereito español¹²: a adecuación da contía da sanción á gravidade do feito constitutivo da infracción e a elección do medio menos restritivo para os dereitos e liberdades.

O certo é, non obstante, que non o fai de forma moi afortunada, senón máis ben confusa, evidenciando un sorprendente descoñecemento da estrutura do principio de proporcionalidade, pois o lexislador deu a entender que idoneidade e adecuación son elementos autónomos¹³, cando, pola contra, é unha realidade asentada tanto na nosa doutrina como na nosa xurisprudencia¹⁴ que ambos os dous non son outra cousa que caracteres confluentes do mesmo xuízo ou subprincipio coñecido comunmente como de idoneidade, pero que tamén recibe o nome de subprincipio de utilidade ou adecuación¹⁵.

Pero, á marxe deste descoído, queda claro que o lexislador consagrou expresamente neste apartado a regra da adecuación, a cal leva consigo que sería contraria ao principio de proporcionalidade a imposición dunha sanción dunha contía considerable para castigar uns feitos constitutivos dunha infracción ínfima¹⁶ e viceversa. Esta regra deu lugar á previsión duns criterios de graduación que lle permitirán á Administración determinar o importe da sanción máis axeitado ao caso concreto segundo as circunstancias que concorran.

Para cada categoría de infraccións (moi graves, graves ou leves) a lei establecerá uns topos máximo e mínimo e, dentro dese abano, corresponderalle á Administración decidir a contía de cada sanción, o que deberá facer caso por caso, debendo utilizar os criterios de graduación para tomar esa decisión. Con iso delimitase a discrecionalidade administrativa neste ámbito de actuación e impídese calquera indicio de arbitrariedade.

É importante incidir en que os topes son máximo e mínimo, o que significa que nin se poderá superar o máximo nin tampouco impor unha sanción por debaixo do tope mínimo, pois isto último, aínda que puidese parecer unha medida máis beneficiosa, tal como pon de relevo Gallardo Castillo, tamén suporía unha vulneración do principio de proporcionalidade xa que con esta actuación «se chegaría á inoperancia da sanción, privándoa substancialmente dos efectos persuasivos que esta puidese ofrecer como prevención xeral...»¹⁷

Puxérase en tea de xuízo se tales criterios eran suficientes na LRXAP-PAC ou se o máis conveniente sería que o lexislador se detivese un pouco máis nesta cuestión. En opinión de Alejandro Nieto, a regulación prevista era loable, aínda que consideraba que a enumeración do artigo 131 non era moi acertada, pois, malia ser certo que son todos os que están, non están todos os que son¹⁸. Do mesmo xeito, Santamaría Pastor cualifica os mencionados criterios de rudos e resalta a súa «escasa virtualidade limitativa da discrecionalidade»¹⁹. Coa LRXSP engadiuse algún criterio máis con relación aos que xa había na LRXAP-PAC (en concreto, o da continuidade ou persistencia na conduta infractora), pero non parece que iso fose ser suficiente para facer cambiar de opinión a doutrina, e é que, ademais, en opinión do propio Alejandro Nieto, o lexislador tampouco estivera demasiado acertado na redacción dos supostos que enumera, criticando especialmente a inclusión do criterio da intencionalidade, xa que, se esta funciona como un parámetro de graduación, «iso significa que existen infraccións sen intencionalidade, co cal a lei reformula toda a cuestión da culpabilidade, enturbando o que xa comezaba a estar claro»²⁰. Dito doutro modo, a lei non podería considerar un mesmo elemento como básico e imprescindible para poder impor unha sanción e, ao mesmo tempo, como un elemento cuxa concorrencia implicaría unha agravación da propia sanción. É ilóxico exixir a concorrencia dun requisito para poder impor un castigo e logo afirmar que, se concorre o dito requisito na conduta, esta será obxecto dunha sanción maior que se non concorre.

Neste punto concreto discrepamos, non obstante, dese autor, xa que cremos que a lei está manexando un concepto estrito da culpa e identificando a intencionalidade non coa actuación culposa, senón cunha conduta dolosa. De feito, coa redacción da nova lei matizouse este criterio ao definilo como «o grao de culpabilidade ou a existencia de intencionalidade», o que parece querer reforzar esta idea. Se isto é así, o lexislador non estaría a incorrer na incoherencia que suporía incluír como un criterio de graduación un elemento que se atopa na medula mesma da responsabilidade.

Na nosa opinión, o lexislador parte do respecto do aforismo de *nulla poena sine culpa*, de maneira que entende que, para que a Administración poida impor unha sanción, é imprescindible que se demostre que o suxeito pasivo é o responsable de ter cometido a infracción, mesmo a título de simple negligencia, pero non exige que haxa intencionalidade na infracción para que a conduta poida ser reprendida. Agora ben, se o que acontece é que, ademais de apreciar a responsabilidade do infractor, a Administración logra probar que a infracción non foi o resultado da mera imprudencia do autor da infracción, senón que mediou dolo na produción do dano, entón o lexislador estima que o máis apropiado é que a sanción se agrave e que o castigo que se deba impor sexa máis severo.

Pero se esta regulación non foi ben recibida por parte da doutrina, tamén existen, pola contra, autores que entenden que a regulación da proporcionalidade feita na lei de procedemento é impecable. Así, por exemplo, Quirós Lobo sostíña que estes criterios son suficientes, posto que unha lei «non é máis perfecta canto máis ata; ao contrario, ha de deixar campo á ponderación

xurisdiccional»²¹, e é que estamos naturalmente ante un *numerus apertus* que é consecuente coa natureza do principio de proporcionalidade e os seus fins, tratándose dun principio que ten un dos seus principais fundamentos en que na práctica poden darse situacións que, mesmo subsumíndose nun suposto de feito similar, posúen unhas características específicas que as distinguen entre si.

Sexa como for, o que si é indiscutible é que a existencia destes e outros criterios están vinculados á discrecionalidade do operador xurídico á hora de fixar o importe dunha sanción cando ese importe non veña determinado na lei, discrecionalidade que vai operar nun dobre sentido: á hora de determinar se algún ou varios dos criterios de graduación resultan aplicables e á hora de cuantificar a intensidade coa que deban ser utilizados.

3 A RECEPCIÓN DOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN NA LEI 14/1986, DO 25 DE ABRIL, XERAL DE SANIDADE

Analizada a LRXSP, cabe referirse agora á normativa vixente no ámbito sanitario, eido en que existen multitude de normas que conteñen mandatos e regras relativas ao exercicio da potestade sancionadora da Administración, e a primeira lei que se debe considerar neste ámbito a nivel estatal é a Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade (en diante LXS), que, malia non proclamar o principio de proporcionalidade, si o consagra no seu artigo 34 cando sinala que «as infraccións se cualifican como leves, graves e moi graves, atendendo aos criterios de risco para a saúde, contía do eventual beneficio obtido, grao de intencionalidade, gravidade da alteración sanitaria e social producida, xeneralización da infracción e reincidencia».

É esta a única vertente do principio de proporcionalidade (a abstracta) que se considera na dita norma, xa que, pola contra, á hora de dar unhas pautas acerca de como debe decidir a Administración o importe exacto da sanción, a LXS inexplicablemente non achega practicamente nada. Para ser exactos, as únicas manifestacións do principio de proporcionalidade arredor da determinación do importe das sancións que atopamos son moi indirectas e son dúas.

En primeiro lugar, podemos apreciar unha aplicación moi concreta do deber de adecuar a entidade da sanción á gravidade da infracción no feito de que o lexislador decidise reservar as sancións consistentes “no peche temporal do establecemento, instalación ou servizo por un prazo máximo de cinco anos» para o castigo de infraccións moi graves, adxudicando ademais a posibilidade da súa imposición ao acordo do órgano de maior xerarquía da Administración, que non é outro que o Consello de Ministros ou os consellos de goberno das comunidades autónomas, tal como se recolle no artigo 37.2.

Por outro lado, temos outra manifestación que se refire á obriga de adecuación do importe da sanción, non xa á gravidade da infracción, senón á realidade socioeconómica do tempo en que deben ser aplicadas. En concreto, sinala o artigo 36.3 que «as contías sinaladas anteriormente deberán ser revisadas e actualizadas periodicamente polo Goberno, por real decreto, tendo en conta a variación dos índices de prezos para o consumo».

Resulta notoria a necesidade de contar cuns criterios de graduación que permitan orientar o labor sancionador da Administración na materia, xa que as diferenzas entre os topes máximos e mínimos previstos para as multas das infraccións (especialmente para as moi graves) tipificadas na dita lei son enormes²². Nesta liña, apunta Rebollo Puig que a defectuosísima técnica de tipificación das infraccións levada a cabo nesta lei é a que xustifica a existencia do que considera

unha excesiva discrecionalidade da Administración á hora de decidir o importe da sanción²³, o que converte en máis clamorosa aínda a ausencia duns criterios de graduación.

Pola contra, o que esta regulación demostra é o claro descoñecemento que no ano 1986 existía acerca das consecuencias e a necesidade da implantación do principio de proporcionalidade, posto que os criterios de graduación que o antedito artigo 34 recolle para a cualificación das infraccións son en realidade os que o lexislador debería prever para orientar o labor de fixación da sanción da Administración. Á fin e ao cabo, se o que o lexislador quería era explicar ou dar a coñecer as razóns en que se baseara para decidir incluír unha determinada infracción na categoría de leve, grave ou moi grave, o sitio natural para facelo era na exposición de motivos da lei e non na parte dispositiva desta. Tan só ten sentido recoller os criterios de graduación das infraccións nunha lei que, como a LRXSP, vaia servir de guía para determinar o réxime sancionador que se vaia levar a cabo noutras leis, pero non nunha lei sectorial onde xa deben quedar perfectamente delimitadas todas as condutas que sexan merecedoras de castigo e a natureza de cada unha delas, acompañando á dita delimitación os criterios que o operador xurídico debería usar para concretar, dentro do rango de importe mínimo e máximo que a lei prevexa, a contía exacta da sanción que proceda impor en cada caso.

Este inexplicable lapsus debe ser salvado, en opinión de autores como o propio Rebollo Puig, mediante a aplicación analóxica dos criterios de “graduación” das infraccións para seren usados como criterios de graduación das sancións. Así, sinala o citado autor, a xeito de exemplo, no caso de que o que concorra sexa a infracción consistente na reincidencia na comisión de infraccións leves nos últimos tres meses que determinará que a conduta sexa tipificada como unha infracción grave en virtude do sinalado polo artigo 35 B 7º LXS, «posiblemente resulte proporcionado impor a sanción en contía superior que se tales antecedentes non existisen», ao que engade que «na comisión duns feitos que de por si constitúen infracción moi grave a reincidencia non poderá determinar unha superior cualificación, pero si impor a sanción en grao máximo»²⁴.

Como queira que fose, non parece, en realidade, que tivese sido o contexto de recente aceptación no noso país do principio de proporcionalidade o que determinase esta grave tara da LXS, pois outras leis moito máis modernas que esta neste ámbito incorren aínda neste erro. Pensemos, por exemplo, na Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública (en diante LXSP), que presenta os mesmos defectos que a LXS e na que tamén existen grandes marxes entre os topes mínimo e máximo das sancións²⁵, ou na Lei 17/2011, do 5 de xullo, de seguridade alimentaria e nutrición (en diante LSAN), que no seu artigo 51 se pronuncia en idénticos termos aos sinalados pola LXS.

O que si resulta paradoxal destas dúas últimas normas é que, malia teren sido aprobadas o mesmo ano, presentan unha gran diferenza, pois mentres que a LXSP suple a carencia duns criterios de graduación coa acertada remisión expresa á aplicabilidade dos previstos pola LR-XAP-PAC (remisión que se debe entender feita agora á LRXSP), a LSAN non o fai. O que si prevé a LSAN, en cambio, é a posibilidade de impor sancións accesorias, e faino considerando a posibilidade de darlles publicidade ás sancións que se impoñan «sempre que concorra risco para a saúde ou seguridade dos consumidores, reincidencia en infraccións de natureza análoga ou acreditada intencionalidade na infracción» (artigo 53 LSAN).

4 OS CRITERIOS DE GRADUACIÓN NA LEXISLACIÓN DE SEGURIDADE ALIMENTARIA. ESPECIAL REFERENCIA AO REAL DECRETO 1945/1983, DO 22 DE XUÑO

Para salvar o baleiro que supón non ter previsto na lei ningún tipo de pauta ou criterio ao que se deba someter a Administración no exercicio da súa potestade sancionadora, polo menos a LSAN tomou a precaución de remitirse ao disposto polo Real decreto 1945/1983, do 22 de xuño, polo que se regulan as infraccións e sancións en materia de defensa do consumidor e da produción agroalimentaria, tal como se pode ver na disposición derradeira terceira daquela lei, que sinala que no non previsto expresamente na propia lei será de aplicación o dito real decreto, sen prexuízo das súas posteriores modificacións ou adaptacións polo Goberno.

Sen dúbida, e no que ao principio de proporcionalidade concirne, o máis interesante deste real decreto é que completa o réxime xurídico da LSAN, posto que aquela norma si recolle os criterios de graduación das sancións. En concreto, sinala o seu artigo 10.2 que a contía da sanción se graduará de conformidade cunha serie de criterios que son os que pasamos a analizar.

4.1 O volume de vendas

As razóns que explican a súa inclusión como un criterio de graduación son basicamente tres²⁶.

En primeiro lugar, apúntase unha razón de xustiza social reflectida na idea moi estendida de que é xusto que quen máis teña máis pague. Trátase dun factor expresivo da capacidade económica do suxeito infractor e, nesa mesma medida, apto para deducir del a intensidade da resposta sancionadora en que consiste a sanción pecuniaria²⁷.

Esta razón foi obxecto de varias críticas baseadas en que a conduta infractora debe ser reprimida baseándose no dano causado ao ben xurídico protexido e á culpabilidade do suxeito activo, pero non porque o negocio do infractor vaia mellor ou peor. Ademais, díxose que este criterio descoñece que o volume de vendas non revela a verdadeira capacidade económica do suxeito, pois a capacidade económica debe equipararse aos rendementos obtidos e non ao simple exercicio dunha actividade²⁸. En tal sentido, é posible que unha empresa conte cun volume de vendas alto e que, non obstante, a rendibilidade que obteña sexa mínima, ou mesmo é posible que o infractor conte con pouca liquidez²⁹.

Pero, á marxe das ditas críticas, o certo é que, como dixo a Audiencia Nacional, «o volume ou cifra de negocios (ou de facturación, ou de vendas) é un dato ou indicador contable que revela, repetimos, a capacidade e situación económica do suxeito infractor e, nesa mesma medida, permite calcular *a priori* a máxima incidencia concreta que unha sanción pecuniaria pode supor para el. Á “situación económica do culpable” refírense así mesmo os artigos 50 e 52 do Código penal para os efectos da imposición das multas. E, en canto factor de cálculo, é tamén utilizado noutros sectores do dereito administrativo sancionador, como é o caso de certas infraccións tributarias»³⁰.

En segundo lugar, alúdese tamén á necesidade de atopar fórmulas para dar cumprimento ao mandato contido no xa transcrito artigo 29.2 da LRXSP, é dicir, mecanismos que axuden a evitar que a comisión das infraccións tipificadas resulte máis beneficiosa para o infractor que o cumprimento das normas infrinxidas.

Finalmente, enténdese que unha terceira razón radicaría no interese en lograr que as multas impostas poidan ser efectivamente pagadas polo infractor.

Cando o infractor é unha empresa pequena e, polo tanto, a súa capacidade económica é limitada, o feito de que lle sexa imposta unha multa dunha entidade considerable podería conducilo ao peche do negocio, por non ter capacidade suficiente para afrontar o seu pagamento, o que ademais suporá que a multa quedará sen cobrar. Pola contra, se a empresa que cometeu a infracción posúe certa entidade, como norma xeral, presúmeselle tamén certa capacidade de afrontar o pagamento dunha multa máis elevada sen que iso poña en perigo a súa continuidade.

E que é o que se debe entender exactamente por volume de vendas? A Audiencia Nacional³¹ sinalou que a virtualidade do propio principio de proporcionalidade impide estender os efectos punitivos da sanción a aquelas actividades que serían alleas ao ámbito da infracción, polo que, se a entidade sancionada se dedica a máis actividades ademais de a aquela cuxo desenvolvemento supuxo a comisión da infracción, á hora de considerar a aplicación deste criterio de graduación deberá terse en conta unicamente o volume de vendas xerado na actividade concreta que deu lugar á infracción. Unicamente se o lexislador engadise o adxectivo de “total” (é dicir, que non falase de “volume de vendas” senón de “volume de vendas total”) se podería interpretar que afectaría a todos os sectores de actividade da entidade sancionada, pero, non sendo así, debe, como dicimos, cingirse á actividade causante da infracción.

Sinala a propia Audiencia Nacional³² que «se puxeron de relevo en ocasións certas consecuencias “disfuncionais” desta opción lexislativa, como serían, entre outras, supor un incentivo para a creación artificial de sociedades independentes, limitadas a un único ámbito de actividade, co fin de minimizar o risco de sancións moi elevadas, ou, desde a outra perspectiva, un obstáculo indirecto á creación de grandes conglomerados empresariais que inclúan actividades diversificadas. Pero nin esta obxección nin outras similares que atenden máis ben a razóns de oportunidade ou conveniencia, ou á súa incidencia nas decisións dos axentes económicos, bastan para negar a validez da opción do lexislador».

Por outro lado, a propia Audiencia Nacional³³ delimitou o período de referencia que cómpre tomar en consideración para determinar o alcance do criterio examinado, e o que dixo é que «o volume de negocios que se debe considerar é o do exercicio inmediatamente anterior ao da imposición da multa».

4.2 A contía do beneficio ilícito obtido

Trátase dun criterio frecuentemente recollido polo lexislador e, sen dúbida, responde á necesidade de que a infracción non lle resulte beneficiosa ao infractor. É un criterio que permite chegar a impor sancións de contía distinta a unha empresa grande e a unha pequena cando en realidade a infracción que se castigue sexa a mesma e sexa cometida en idénticas circunstancias, pero iso vén xustificado polo feito de que a capacidade económica que unha e outra teñen para afrontar o pagamento da multa tamén é distinta³⁴, o que entendemos que cómpre ter en conta precisamente para conseguir que ao infractor non lle resulte máis beneficioso incumprir a norma malia a sanción que cumprila.

Non obstante, este criterio (igual que o do volume de vendas) articulouse defectuosamente cando a norma non considera a posibilidade de que o limiar máximo da sanción resulte inferior ao beneficio obtido. Iso non acontece no Real decreto 1945/1983, do 22 de xuño, pois, para os efectos de non suscitar no posible infractor a sensación de que lle compensa infrinxir porque o máximo que vaia perder sexa o beneficio obtido, prevese que se poida desbordar o limiar máximo de sanción previsto. Así, o artigo 10 sinala, para as infraccións graves e moi graves, que

se poderá superar o tope fixado para as multas coas que se poden castigar unhas e outras ata alcanzar o quíntuplo e o décuplo respectivamente do valor dos produtos ou servizos obxecto da infracción.

Malia o afortunado desta previsión, voces como a de Gómez Tomillo opinan que nin sequera neste caso estaría garantido un correcto efecto preventivo, xa que, no caso de que o beneficio efectivo sexa reducido (co que tamén o sería a sanción), ao infractor pódelle seguir interesando infrinxir, posto que a sanción sería pequena e que ademais pode confiar na posibilidade de non ser descuberto ou que o beneficio estea mal calculado³⁵, aínda que o propio autor apunta á posibilidade de que se recorra para evitalo a taxacións de expertos, cuxo custo debería ser asumido polo propio infractor.

Respecto de que é o que se debe considerar como “beneficio”, autores como Blanco Cordeiro opinan que o beneficio que se debe ter en conta ha de ser o bruto³⁶, isto é, sen descontar os gastos en que se puidese incorrer para conseguilo, pero fronte a isto temos sentenzas do TS³⁷ que sosteñen xusto o contrario, isto é, que defenden que o beneficio debe ser o neto, o beneficio obtible «unha vez deducidos os gastos inherentes á obtención do produto».

4.3 O efecto prexudicial que a infracción puidera producir sobre os prezos, o consumo ou o uso dun determinado produto ou servizo ou sobre o propio sector produtivo

Trátase dunha adaptación do criterio da natureza dos prexuízos causados, criterio cuxa inclusión de por si non tivo unha grande aceptación, e é que un sector da doutrina entende pouco afortunada a súa consideración como circunstancia que poida modular a responsabilidade do infractor, tratándose máis ben dun criterio que garda maior relación co resarcimento dos danos e perdas ocasionados.

Sinala Sempere Navarro³⁸ que, en primeiro lugar, cómpre pensar se este prexuízo é real, é dicir, «se se debe producir efectivamente ou se pode tratarse dun prexuízo potencial», concluíndo que, «aínda que existen argumentos para soste a posición restritiva, a xurisprudencia entende que non é necesario que se producise un prexuízo real e efectivo», senón que basta con que concorran as condicións necesarias para que se produza para que resulte de aplicación.

Por outro lado, débense entender comprendidos aquí todo tipo de efectos prexudiciais, económicos ou non que a infracción poida producir no sector en xeral e no mercado en particular sobre os prezos, o consumo ou uso dun produto ou servizo. Pénsese por exemplo, nas repercusións da apreciación de residuos contaminantes en froitas ou hortalizas, o quebranto á fiabilidade das exportacións ou, como refire a STSX de Galicia 575/2005, do 20 de xullo³⁹, «a alarma social producida como consecuencia da aparición da encefalopatía esponxiforme bovina», etc.

En tal sentido, pódese volver citar a STS do 1 de outubro de 1997⁴⁰, que non estima a gravidade de alteración social na manipulación indebida dun produto intervindo (pementos vermellos con índices elevados de toxicidade pola presenza de residuos de metamidofos con límites superiores aos admitidos), cuxa inmovilización se producira para evitar a exportación da mercadoría a un país en que resulta prohibida en razón do índice de toxicidade apreciado.

4.4 O dolo, a culpa e a reincidencia

O real decreto obxecto de análise recolle nun último apartado o que en realidade son tres criterios diferentes, aínda que relacionados, especialmente o dolo e a culpa. Pero polas súas diferentes calidades debemos analizalos por separado.

4.4.1 O dolo e a culpa

Respecto do dolo, debemos remitirnos ao xa explicado ao analizar o artigo 29.2 LRXSP, xa que non deixa de ser o propio criterio de intencionalidade. De feito, a gran diferenza entre o dolo e a culpa atópase na determinación de se o suxeito infractor actuou con intención de infrinxir (dolo) ou non (culpa). Seguindo a Zugaldia Espinar⁴¹ podemos afirmar que a gran diferenza entre un e outro criterio é que, para poder apreciar que se produciu unha actuación dolosa, é necesario que o infractor queira incumplir a norma ou polo menos acepte a súa violación como algo inevitable, mentres que para poder apreciar a existencia dunha actuación culposa basta con que exista unha falta de consideración por parte do infractor cara ao ben xurídico protexido que a norma protexe. Dito doutro xeito, estamos ante unha actuación culposa cando o infractor non desexa infrinxir a norma nin acepta a súa violación como algo inevitable, senón que, simplemente, ou non pensa que a súa conduta poida supor un perigo para o ben xurídico protexido pola norma (culpa inconsciente) ou, mesmo así, decida igualmente actuar, mentres que no caso da culpa consciente o suxeito entende que é posible que se produza un dano, pero non actuaría en caso de velo como algo moi probable.

Estas categorías non son absolutamente puras e, de feito, existe unha figura híbrida entre ambas as dúas que é o dolo eventual. No dolo eventual o infractor asume como posible o resultado infractor, ben que non o desexa directamente. A gran diferenza entre o dolo eventual e a culpa consciente radica en que, para que poida falarse de dolo eventual, é necesario que o autor dos feitos sexa realmente consciente de que é moi probable que a súa conduta lesione o ben xurídico protexido pola norma e que, mesmo así, decida igualmente actuar, mentres que no caso da culpa consciente o suxeito entende que é posible que se produza un dano, pero non actuaría en caso de velo como algo moi probable.

Cabe sinalar, ademais, que as circunstancias examinadas non só son determinantes da imposición dunha ou outra sanción segundo concorran ou non, senón que a propia normativa as valora como elementos a considerar para tipificar unha conduta co carácter de leve, grave ou moi grave. Así, por exemplo, no artigo 35 LXS establécese que, cando a infracción se cometa mediando simple negligencia, terá a consideración de leve «sempre que a alteración ou risco sanitarios producidos fosen de escasa entidade», aínda que, e sen aclarar convenientemente a discordancia que produce, o artigo 36 considera que «a falta das precaucións exixibles na actividade, servizo ou instalación de que se trate» determinará que a infracción sexa grave. Ante a falta de calquera tipo de aclaración complementaria que nos permita entender cando a infracción será leve ou grave haberá que interpretar que a falta de precaucións exixibles será constitutiva dunha infracción leve (e non grave) se a alteración ou risco sanitarios producidos fosen de escasa entidade e grave no caso contrario.

Isto no que á culpa se refire, pero tamén a LXS considera o dolo como unha circunstancia determinante da categorización dunha conduta dentro dun tipo de infraccións; en concreto, das infraccións moi graves, ao dicir o propio artigo 35 que serán infraccións moi graves, entre outras, «as que se realicen de forma consciente e deliberada, sempre que se produza un dano grave».

Con estas previsións perde xa o seu sentido e mesmo podería resultar contraria a dereito a utilización do dolo e a culpa como criterios de graduación das sancións, especialmente no que ao uso do dolo se refire, pois non parece moi acertado agravar o importe dunha sanción baseándose en que a actuación se realizou de forma consciente e deliberada cando precisamente esa circunstancia xa se tivo en conta para tipificar a conduta como moi grave en lugar de darlle a consideración que, ordinariamente e de conformidade coa lista de infraccións recollida na lei, lle correspondería. Afortunadamente a LXSP non caeu xa neste erro.

4.4.2 A reincidencia

Con este criterio preténdese que o castigo imposto ao infractor sexa máis severo por ter cometido infraccións con anterioridade, o cal non resulta incompatible coa prohibición do *bis in idem*, posto que, para que xogue esta prohibición, é necesario que concorra a tripla identidade de suxeito, feito e fundamento (artigo 31 LRXSP⁴²), e iso non sucede no caso de agravar unha sanción baseándose nunha sanción previa polos mesmos feitos. A este respecto debemos traer a colación a paradigmática STC 150/1991, do 4 de xullo, en que o TC concluíu que coa agravante de reincidencia non se volve castigar o feito anterior, senón única e exclusivamente o feito posterior⁴³.

A aplicación da reincidencia pretende que a sanción que resulte sexa aínda máis coactiva que a ordinaria e consiga ameazar o infractor cunha represalia que sexa de tal entidade como para que, a partir deste momento, o seu comportamento sexa respectuoso coas obrigas que lle foron legalmente impostas.

A súa aplicación, segundo o que se deduce do artigo 29 LRXSP, require do cumprimento de catro requisitos.

1. O infractor debe ter sido sancionado anteriormente.

O problema é que non se prevé ningunha regra para os supostos de multirreincidencia, ben sexa porque o imputado fose sancionado en varias ocasións anteriormente pola mesma infracción ou que o fose pola comisión de infraccións da mesma natureza, pero non necesariamente pola mesma infracción.

Polo tanto, a normativa foi indulxente con aqueles que xa infrinxiran a lei en varias ocasións, botándose de menos algunha medida que posibilite a imposición dun castigo máis severo para aquel que co seu *modus operandi* demostre un maior desprezo polo ben xurídico protexido que para aquel que infrinxiu a norma por segunda vez (*vbg.* mediante o establecemento dalgunha escala progresiva en virtude da cal se fose incrementando a sanción en maior ou menor medida en función de cantas fosen as infraccións que se cometesen con anterioridade no período de referencia), pois a regulación actual transmítelle ao infractor a percepción de que, unha vez que se cometeu a segunda infracción, que incorra nunha terceira ou unha cuarta non lle será especialmente reprochable.

Si existe unha graduación no ámbito sanitario, pero non se refire á graduación das sancións, senón á das infraccións, pois prevese que a reincidencia na comisión de infraccións determinará que a conduta será castigada como unha infracción de grao superior. Así, a LXS dispón no seu artigo 35 que a reincidencia na comisión de infraccións leves dará lugar a castigar unha acción que se tipifique como infracción leve como se fose unha infracción grave, mentres que o artigo 36 prevé o mesmo respecto da reincidencia na comisión de infraccións graves, que converterá a infracción cometida nunha de tipo moi grave.

Maior desconcerto nos producen, en cambio, as previsións da LSAN, que, á hora de agravar as infraccións leves ou graves, o fai (artigo 51 nos seus apartados 2 e 3⁴⁴) cinguindo a conduta infractora anterior unicamente á comisión da mesma infracción, desviándose con iso do verdadeiro obxectivo desta agravante, que é o de conseguir que o infractor habitual deixe de selo e o de crear unha conciencia no administrado de respecto polas normas.

2. Ha de existir unha identidade de natureza entre a infracción anterior e a que se sanciona.

Esta é a principal característica que nos permitía diferenciar a reincidencia da reiteración, xa que non se exixía para esta última, aínda que iso xa non resulta útil, posto que a figura da reiteración, que xa desaparecera do ámbito penal coa aprobación do actual Código penal de 1995, desapareceu tamén do administrativo sancionador coa LRXSP.

O que si resulta relevante desta característica é que introduce unha importante diferenza entre a reincidencia e o resto de agravantes, pois, se estas son de apreciación automática, non tendo nelas demasiada cabida a discrecionalidade, no caso da reincidencia nalgúns casos pode non darse esta inminente aplicación da agravante. Referímonos a aqueles supostos en que para poder apreciar a reincidencia sexa preciso que o órgano competente compare a conduta que se pretende sancionar con infraccións anteriormente cometidas polo imputado co fin de determinar se as infraccións comparadas participan ou non da mesma natureza.

3. Necesidade de resolución firme en vía administrativa.

É necesario que as infraccións que se vaian utilizar como antecedentes fosen obxecto dunha sanción firme en vía administrativa, o que significa que se valora se o infractor, no momento de cometer a infracción, era consciente da firmeza da infracción anterior⁴⁵ e, polo tanto, de que a súa conduta era ilícita (punto este en que o criterio de reincidencia se conecta co do dolo), o cal resulta positivo desde o punto de vista da proporcionalidade, pois é máis reprobable a infracción dun suxeito plenamente consciente de que a súa conduta está prohibida que a conduta daquel cuxa primeira infracción aínda é obxecto de discusión e que, por este motivo, aínda non sabe se a súa conduta é ou non conforme a dereito.

A firmeza que se exige é administrativa e non xurisdiccional, o cal entraña o perigo de que, no caso de que a sanción imposta pola primeira infracción –e tida en conta para agravar a sanción imposta pola segunda infracción– sexa posteriormente anulada en vía xurisdiccional, o sancionado se verá obrigado a acudir á vía contencioso-administrativa non xa para impugnar a segunda sanción baseándose en que a súa conduta non mereza ser sancionada, senón para impugnala baseándose nunha indebida aplicación da agravante de reincidencia.

Certo que esta eventualidade se evitaría exixindo a firmeza en vía xurisdiccional, pero este non sería o único camiño para logralo e, ademais, esta opción conduciríanos a outro problema se cabe aínda máis grave, que sería a ineficiencia funcional da propia agravante, pois non podemos ignorar que na actualidade a duración media de tramitación dos procedementos e resolución dos litixios é de 12,6 meses para os xulgados do contencioso-administrativo e 23,7 meses nos tribunais superiores de xustiza⁴⁶. En tal escenario, se o recorrente esgotase todas as instancias xudiciais, unha sanción non adquiriría firmeza xurisdiccional ata pasados de media uns 36 meses, polo que, coa existencia dunha firmeza xurisdiccional, acontecería que durante ese período medio de 3 anos a agravante de reincidencia non podería ser aplicada deixando con iso sen ameaza o infractor.

Poderíase evitar o prexuízo descrito naqueles casos en que a Administración teña noticia da anulación da sanción correspondente á primeira das infraccións durante a tramitación do pro-

cedemento en virtude do cal se vaia impor a segunda, xa que, dado que aínda non se impuxo a segunda das sancións, aínda estaría a tempo o imputado de alegar esta circunstancia para que sexa tida en conta pola Administración ao fixar o importe da segunda sanción. Pero no resto de supostos, que probablemente sexan os máis comúns, produciríase ese indesexable incremento da litixiosidade, e iso require dunha solución.

Existiría outra posibilidade que non implica, en principio, un notable custo para o prexudicado e é a de que o sancionado se opoña ás sancións firmes en vía administrativa a través do denominado recurso extraordinario de revisión, invocando, no caso que nos ocupa, o segundo apartado do artigo 125 da LPAC⁴⁷. Pero mesmo sendo este recurso de interposición de balde, a solución axeitada sería exixir que a Administración aprecie de oficio esta circunstancia cando concorra e rebaixe a sanción á súa contía correspondente. Neste sentido, debemos lembrar que se previu na LPAC a institución dos procedementos de revisión e, entre eles, a revogación de actos desfavorables ou de gravame.

4. Prazo de 1 ano desde a sanción das anteriores infraccións.

Debemos considerar este prazo de 1 ano con independencia de se nese período se cometese ou non a infracción que se toma como referencia e mesmo con independencia de se a sanción se impuxese ou non dentro dese período, pois o que se ten en conta é que a sanción que se lle impuxese adquirise firmeza nese período.

Así pois, temos dúas datas de referencia: a da comisión da nova infracción (*dies ad quem*) e a da data en que a resolución pola que se lle impuxo ao infractor unha sanción anterior pola comisión dunha infracción da mesma natureza que a que agora se cometeu e se vai sancionar se converte en inatacable (*dies a quo*), ben sexa porque o recurso que interpuxese fose desestimado, esgotando así a vía administrativa, ou ben porque, tendo transcorrido o prazo para interpor o correspondente recurso, non o fixo.

5 CONCLUSIÓNS

A pesar de que as proxeccións do principio de proporcionalidade e, máis en concreto, a necesidade de dotar a Administración duns criterios que lle permitan fixar o importe da sanción que resulte máis axeitado ás circunstancias concretas de cada caso non foron debidamente absorbidas polo lexislador na LXS, as restantes normas vixentes en materia de seguridade alimentaria trataron de paliar esta insostible carencia. Malia iso, podemos afirmar que tal labor non foi totalmente frutífero e é que unha revisión dos criterios de graduación presentes na referida normativa nos descobre a existencia duns criterios abertos e cuestionados dos que deriva unha indesexable multitude de problemas prácticos que se presentan á hora da súa aplicación.

Do que debería ser unha regulación que contribuíse a contar cuns instrumentos que acheneguen seguridade xurídica e a realización dun ideal de adecuación da gravidade dunha conduta á severidade do seu castigo, atopámonos con que a técnica utilizada polo lexislador se revela en ocasións confusa e mesmo anticuada ao non responder de forma suficientemente coherente aos patróns introducidos pola LRXAP-PAC e consolidados pola actual LRXSP.

Con todo, e a pesar de que cómpre subliñar a necesidade de que se acometa unha actualización da dita regulación conforme esa normativa de referencia, débese agradecer a existencia duns mecanismos que permitan a graduación das sancións nunha materia tan delicada como a da seguridade alimentaria.

6 BIBLIOGRAFÍA

- Barnes Vázquez, J. 1994 «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, 135, 495-538.
- Blanco Cordero, I. 2011 «El comiso de ganancias ¿brutas o netas?», *Diario la Ley*, 7569, 1631-1649.
- Brealey, R. 2015. *Principios de finanzas corporativas*. México DF: Ed. Mc Graw-Hill.
- Coronado Sierra, M. 2004. «La potestad sancionadora», en A. Menéndez Moreno (dir.), *Visión práctica de la nueva Ley general tributaria*. Valladolid: Ed. Lex Nova.
- Fernández de Soto Blass, M. L. 2007. «El principio de proporcionalidad en la Administración pública y sus implicaciones tributarias», en C. Albiñana García-Quintana (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*. Madrid: Ed. Dykinson.
- Gallardo Castillo, M. J. 2008. *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Madrid: Ed. Iustel.
- Gómez Tomillo, M. 2012. «Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, 31, 1-16.
- López González, J. I. 1988. *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*. Sevilla: Ed. Instituto García Oviedo.
- Nieto García, A. 2002. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Nieto García, A. 2005. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Quirós Lobo, J. M. 1996. *Principios de derecho sancionador*. Granada: Ed. Comares.
- Parada Vázquez, R. 1999. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30 /1992 de 26 de noviembre)*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Póveda Blanco, F. 2005 «La imposición sobre las actividades económicas en la hacienda local a los 25 años de la Constitución», *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, 4, 3-31.
- Ramírez, G. 2015 «El volumen de negocio del infractor como criterio de graduación de la sanción», <http://www.puntozero.es/blog/el-volumen-de-negocio-del-infractor-como-criterio-de-graduacion-de-la-sancion> (21-12-2015).
- Rebollo Puig, M. 1989. *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Rosembuj Erujimovich, T. R. 1994. *El tributo ambiental*. Barcelona: Ed. Iuris Minor.
- Santamaría Pastor, J. A. 2002. *Principios de la potestad sancionadora*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Sarmiento Ramírez-Escudero, D. 2004. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- Sempere Navarro, V. 2001. *Derecho sancionador público del trabajo*. Madrid: Ed. Colex.
- Trayter Jiménez, J. M. e Aguado I Cudola, V. 1995. *Derecho administrativo sancionador: materiales*. Barcelona: Ed. CEDECS.
- VV. AA. 2015. *Memoria anual Consejo General del Poder Judicial para el año 2015 Panorámica de la Justicia*.
- Zugaldía Espinar, J. M. 1986. «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2 (39), 395-422.

NOTAS

- 1 Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004:410 e ss.
- 2 López González, 1988:19 e ss.
- 3 Barnes Vázquez, 1994:511.
- 4 Trayter Jiménez e Augado I Cudola, 1995:89 e ss.
- 5 Quirós Lobo, 1996:39.
- 6 Esta é a Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante LPAC).
- 7 Santamaría Pastor, 2002:391 e ss.
- 8 Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004:414-415.
- 9 Santamaría Pastor, 2002:393 e ss.
- 10 Parada Vázquez, 1999:414
- 11 De feito esta previsión pódese considerar como unha regra complementaria do principio de “quen contamina paga”. Sobre este principio e as súas implicacións fiscais, *vid.* Rosembuj Erujimovich, 1994:14 e ss.
- 12 Fernández de Soto Blass, 2007:337 e ss.

- 13 Di o comentado artigo neste punto que «se deberá observar a debida idoneidade e necesidade da sanción a impor e a súa adecuación á gravidade do feito constitutivo da infracción».
- 14 Sirva por todas a expresiva STS do 13 de abril de 2009, que condensa os ditos tests ou xuízos do seguinte xeito: «... e finalmente a estrita observancia do principio de proporcionalidade concretado en tres requisitos ou condicións: idoneidade da medida para alcanzar o fin constitucionalmente léxítimo perseguido (xuízo de idoneidade), que esta resulte necesaria ou imprescindible para iso, isto é, que non existan outras medidas menos gravosas que, sen impor sacrificio ningún de dereitos fundamentais ou cun sacrificio menor, sexan igualmente aptas para ese fin (xuízo de necesidade), e, por último, que deriven da súa aplicación máis beneficios ou vantaxes para o interese xeral que prexuízos sobre outros bens ou intereses en conflito, ou, dito doutro xeito, que o sacrificio imposto ao dereito fundamental non resulte desmedido en relación coa gravidade dos feitos e as sospeitas existentes (xuízo de proporcionalidade en sentido estrito). Da mesma forma, e reproducindo esta doutrina, SSTC 234/1997, do 18 de decembro; 70/2002, do 3 de abril; e 25/2005, do 14 de febreiro».
- 15 Vid. Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004:317 e ss.
- 16 Trayter Jiménez e Augado I Cudola, 1995:89 e ss.
- 17 Gallardo Castillo, 2008:227.
- 18 Nieto García, 2002:242 e ss.
- 19 Santamaría Pastor, 2002:391 e ss.
- 20 Nieto García, 2005:246.
- 21 Quirós Lobo, 1996:41.
- 22 Dispón o artigo 36 LXS que as infraccións moi graves serán sancionadas con multas «desde 2.500.001 a 100.000.000 de pesetas, podendo superar a dita cantidade ata alcanzar o quintuplo do valor dos produtos ou servizos obxecto da infracción», é dicir, que o mínimo é de 15.025, 30 € e o máximo de 601.012,10 €.
- 23 Rebollo Puig, 1989:739 e ss.
- 24 Rebollo Puig, 1989:751.
- 25 No caso das infraccións moi graves, poden estar entre os 60.001 e os 600.000 euros.
- 26 Ramírez, 2015. O volume de negocio do infractor como criterio de graduación da sanción no blog publicado na web <http://www.puntozero.es/blog/el-volumen-de-negocio-del-infractor-como-criterio-de-graduacion-de-la-sancion> (21-12-2015).
- 27 Sobre esta cuestión resulta paradigmática a controvertida STC 76/1990, do 26 de abril. Nesa sentenza sinalaba o TC que, aínda que cando o constituínte consagra no artigo 31 CE o principio de capacidade económica «está a pensar no ingreso público e non nas sancións tributarias (...) de aí non cabe deducir unha prohibición de aplicar os ditos principios a outro ámbito. Pois unha cousa é establecer mandatos constitucionais e outra ben distinta formular prohibicións...» e, o que é máis, engade que a desatención do principio da capacidade contributiva no ámbito sancionador «levaría ao resultado absurdo dunha sanción imposta» sen posibilidades reais de pagamento».
- 28 Póveda Blanco, 2005:138 e ss.
- 29 Sobre a relación entre os conceptos de volume de vendas, rendibilidade e liquidez, *vid.* Brealey, 2015.
- 30 Sentenza do 10 de marzo de 2015, ditada no recurso 696/2012.
- 31 Sentenza do 6 de marzo de 2013, ditada no recurso 619/2010.
- 32 Sentenza do 10 de marzo de 2015, ditada no recurso 696/2012.
- 33 Sentenza do 30 de novembro de 2012.
- 34 Rebollo Puig, 1989:739 e ss.
- 35 Gómez Tomillo, 2012:1 e ss.
- 36 Blanco Cordero, 2011:1631 e ss.
- 37 Como a do 01-10-1997, ROX 5801/1997.
- 38 Sempere Navarro, 2001:210.
- 39 ROX 1800/2005.
- 40 ROX 5801/1997.
- 41 Zugaldía Espinar, 1986:395 e ss.
- 42 Segundo o dito artigo, «non poderán sancionarse os feitos que o fosen penal ou administrativamente, nos casos en que se aprecie identidade do suxeito, feito e fundamento».
- 43 O TC ve compatibles ambas as dúas figuras e subliña que, ben que é indubidable que a reincidencia «presupón, por necesidade lóxica, unha referencia ao delito ou delitos repetidos, iso non significa, desde logo, que os feitos anteriores se volvan castigar, senón tan só que foron tidos en conta polo lexislador penal para o segundo ou posteriores delitos... ».
- 44 O referido artigo 51, nos seus apartados 2 e 3, lista as condutas que se entenderán constitutivas de infraccións graves e moi graves respectivamente e pecha a primeira das ditas enumeracións prevendo que será infracción grave «a reincidencia na mesma infracción leve no último ano» e a segunda establecendo que será infracción moi grave «a reincidencia na mesma infracción grave no último ano».
- 45 Coronado Sierra, 2004:243 e ss.
- 46 Datos obtidos da *Memoria anual do Consello Xeral do Poder Xudicial para o ano 2015. Panorámica da Xustiza*.
- 47 É dicir, interpón o recurso baseándose en «que aparezan documentos de valor esencial para a resolución do asunto que, aínda que sexan posteriores, evidencien o erro da resolución recorrida».