

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2021

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Coccozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



El régimen jurídico de las medidas provisionales en el derecho administrativo sancionador español.

di **Alberto Picón Arranz ***

(Personal Docente e Investigador Predoctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid)

Sumario

1. Introducción. - 2. Concepto y naturaleza jurídica de las medidas provisionales en el procedimiento sancionador. - 3. Principales características de las medidas provisionales. 4. Tipos de medidas provisionales adoptables en el marco del procedimiento administrativo sancionador. - 5. Límites de las medidas provisionales. - 6. Procedimiento de adopción de las medidas provisionales. 6.1. Órgano competente. - 6.2. Momento y duración. - 6.3. Principales trámites procedimentales. - 7. La impugnabilidad del acuerdo de adopción de las medidas provisionales. 8. Conclusiones

Abstract

The main aim of this paper is to analyse the legal regime of provisional measures provided for by the Spanish legislator within the framework of the administrative sanctioning procedure. For this purpose, we will take as a point of reference the regulation of provisional measures contained in the law on common administrative procedure and we will make the appropriate clarifications derived from the increase in guarantees that must be produced when an administered is faced with a punitive procedure.



1. *Introducción.*

El *ius puniendi* entendido como la capacidad sancionadora que reside exclusivamente en el Estado puede ejercitarse a través de la vía penal y a través de la vía administrativa sancionadora. Si bien entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador existen diferencias evidentes, tanto cuantitativas como cualitativas, no es menos cierto que ambos presentan rasgos comunes como es, por ejemplo, la posibilidad de ejercitar una tutela cautelar de los bienes e intereses en juego.

En efecto, la duración excesiva de los procedimientos sancionadores provoca, en ocasiones, la necesidad de adoptar medidas provisionales tendentes, como tendremos ocasión de analizar posteriormente, a asegurar la eficacia de una potencial resolución sancionadora o a proteger los bienes jurídicos perturbados por la presunta infracción.

En el derecho administrativo español las medidas provisionales se regulan en el artículo 56 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) que reproducimos a continuación:

"1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

3. De acuerdo con lo previsto en los dos apartados anteriores, podrán acordarse las siguientes medidas provisionales, en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

a) Suspensión temporal de actividades.

b) Prestación de fianzas.

c) Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable.



- d) Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos.
- e) El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble.
- f) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.
- g) Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen.
- h) La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas.
- i) Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

4. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

5. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, se extinguirán cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente”.

Se trata de una regulación genérica aplicable a cualquier tipo de procedimiento administrativo, entre ellos, el sancionador. A continuación, trataremos de analizar el régimen jurídico de las medidas provisionales en relación con el procedimiento administrativo sancionador pues, el refuerzo de garantías del administrado en este tipo de procedimientos también va a tener su influencia en el régimen jurídico de las medidas provisionales adoptables en él¹.

2. Concepto y naturaleza jurídica de las medidas provisionales en el procedimiento sancionador.

Antes de entrar en el concepto propiamente dicho de las medidas provisionales, nos gustaría aclarar, desde el punto de vista terminológico, que no existe una diferencia conceptual importante entre “medidas cautelares” y “medidas provisionales”. Pudiendo utilizarse indistintamente ambas expresiones, consideramos que la voz “medidas cautelares” está más relacionada con el ámbito judicial, mientras que la voz “medidas provisionales” se utiliza más comúnmente en el ámbito del procedimiento administrativo.

¹ Los principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública están previstos en los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, entre los que destacan el principio de legalidad, el principio de irretroactividad de la disposición sancionadora no favorable, el principio de tipicidad, el principio de responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, el principio de proporcionalidad, el principio “non bis in idem” y la prescripción de sanciones e infracciones.



Dicho lo cual, podemos definir las medidas provisionales como la decisión administrativa provisional, excepcional e instrumental que se adopta durante el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador o incluso antes de su inicio, con ciertas garantías y limitaciones y que puede perseguir un triple fin. Por un lado, el propio legislador en el citado artículo 56 LPACAP recoge dos finalidades de las medidas cautelares: la primera de ellas, relacionada directamente con el brocardo latino *periculum in mora*, se refiere a asegurar la eficacia de la potencial resolución sancionadora². Y la segunda estará relacionada con la protección del interés -general o particular- perturbado por la presunta infracción. A nuestro juicio, habría que añadir un tercer objetivo que puede perseguir la adopción de una medida provisional y que es el de poner fin a los efectos perjudiciales de la conducta infractora o, dicho de otro modo, la restauración de la legalidad.

En relación con las medidas provisionales adoptadas antes del inicio del procedimiento administrativo debemos matizar que su finalidad no podrá ser la de asegurar la eficacia de la posible resolución sancionadora pues no existe un procedimiento abierto ni tampoco una imputación de cargos³. En estos casos la medida provisional adoptada perseguirá la protección de los intereses implicados y, en su caso, el restablecimiento de legalidad.

En cuanto a su naturaleza jurídica conviene dejar claro que, aunque su adopción pueda tener lugar en el seno de un procedimiento administrativo sancionador no tienen naturaleza punitiva. El órgano administrativo competente para la adopción de una medida provisional no ejerce la potestad sancionadora, aunque generalmente se trate de medidas restrictivas o limitativas de derechos para el presunto responsable. Las medidas provisionales se enmarcan dentro de la más amplia potestad de policía administrativa pues su objetivo no es el castigo de una infracción sino el aseguramiento del interés general mediante la limitación de derechos o facultades. Consecuencia de lo anterior son, por ejemplo, los principios de proporcionalidad o de menor onerosidad que rigen al momento de adoptar las medidas provisionales. Encuadrada su naturaleza jurídica en la potestad de policía de la Administración Pública nos detendremos, por último, en la distinción de las medidas provisionales adoptables en el procedimiento sancionador de otras medidas preventivas que puede adoptar la Administración en ejercicio también de su potestad de policía:

- Como adelantamos más arriba, las medidas provisionales reguladas en el artículo 56 LPCAP son comunes a cualquier procedimiento administrativo. Sin

² B. MARINA JALVO, Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 109, 2017, p. 170. Asegurar la efectividad de la resolución es la finalidad por excelencia de las medidas provisionales que, además, "es la más amplia y completa pues comprende a todas las demás".

³ M. GÓMEZ TOMILLO & I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Cizur Menor, 2017, p. 690.



embargo, pese a tener un idéntico régimen jurídico, conviene advertir que el hecho de encontrarnos ante un procedimiento de carácter punitivo obliga, en todo caso, a aumentar las garantías de los administrados con respecto a los procedimientos no sancionadores. Conviene recordar en este punto, aunque no profundizaremos en esta idea por no ser objeto del presente trabajo, que el ejercicio del *ius puniendi* por parte de la Administración implica la aplicación, *mutatis mutandi*, de las garantías del proceso penal.

- En segundo lugar, también existen diferencias entre las medidas provisionales adoptadas en un procedimiento sancionador y las medidas preventivas que puede adoptar la Administración en el ámbito sanitario, ambiental o de seguridad ciudadana, entre otros. Estas medidas preventivas, aunque limitativas de derechos, tendrán carácter preventivo o precautorio y en ningún caso se impondrán teniendo en cuenta una conducta previa de un administrativo presuntamente culpable. Con este tipo de medidas se trata de proteger o prevenir a los administrados ante una situación de peligro⁴. Desgraciadamente la actualidad nos está dejando buenas muestras de este tipo de medidas adoptadas por las distintas Administraciones nacionales para tratar de combatir la pandemia originada por el COVID-19.

3. Principales características de las medidas provisionales.

Partiendo de su naturaleza no sancionadora y admitiendo que su contenido es restrictivo o limitativo de derechos, a continuación, nos referiremos a las principales características que deben concurrir en las medidas provisionales para que su adopción y mantenimiento sean conforme a Derecho.

La primera característica propia de este tipo de medidas es, como su propio nombre indica, la provisionalidad. Es decir, su vigencia siempre está limitada en el tiempo pues nunca podrán extenderse más allá del fin del procedimiento administrativo sancionador. El fundamento de la provisionalidad radica en que no se trata de una sanción en sí misma, sino de una medida cuya finalidad es asegurar la efectividad de una eventual resolución sancionadora. Dicho de otro modo, su vigencia está, de una u otra forma, condicionada a la existencia de un procedimiento punitivo.

En segundo lugar, el contenido restrictivo de derechos de las medidas provisionales se traduce en que su adopción debe ser excepcional. Puesto que, como tendremos ocasión de analizar más adelante, una de las principales garantías del procedimiento sancionador es la presunción de inocencia del administrado contra el que se dirige, la adopción de medidas limitativas de derechos debe ser una excepción. Precisamente esta excepcionalidad justifica que la adopción de medidas provisionales ha de ser, en todo caso, motivada con sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos de derecho tal y como establece el legislador en el artículo 35.1.d) LPACAP.

⁴ M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, 1989, p. 678.



Una tercera característica configuradora de las medidas provisionales es su instrumentalidad. La medida por sí misma no tiene autonomía de ningún tipo ni un fin propio, sino que está conectada directamente con el procedimiento administrativo sancionador. La consecuencia inmediata de la instrumentalidad de la medida es que su adopción sólo tiene sentido dentro de un procedimiento punitivo para asegurar el cumplimiento de los fines del mismo⁵. Ahora bien, el legislador español contempla la posibilidad de adoptar medidas por razones de urgencia con anterioridad a la iniciación del procedimiento. En estos casos la medida continúa siendo instrumental puesto que una de las exigencias del legislador para adoptar medidas provisionales previas al inicio del procedimiento es que éste se inicie en los quince días siguientes a su adopción, de lo contrario la medida quedará levantada automáticamente y, en su caso, procederá la indemnización por daños y perjuicios al perjudicado.

En cuanto al levantamiento de las medidas provisionales, su instrumentalidad exige que tenga lugar, o bien cuando el procedimiento finalice por caducidad o archivo de las actuaciones, o bien cuando surta efectos la resolución sancionadora definitiva del procedimiento, en cuyo caso su vigencia carece de sentido. En todo caso podrán mantenerse las medidas provisionales mientras la resolución sancionadora no adquiera firmeza administrativa tal y como reconoce el artículo 90.3 LPACAP⁶.

Otra característica común a las medidas provisionales que está íntimamente relacionada con su instrumentalidad es la mutabilidad o, en otras palabras, la sujeción a la cláusula *rebus sic stantibus*. A lo largo del desarrollo del procedimiento sancionador las medidas provisionales podrán adoptarse, modificarse o alzarse en función de la evolución de las circunstancias del caso concreto. Así lo establece el legislador expresamente en el artículo 56.5 LPACAP al permitir, de oficio o a instancia de parte, la revisión de las medidas cuando las circunstancias hayan cambiado por causas sobrevenidas o por causas que no pudieron tenerse en cuenta en el momento de su adopción.

Por último, nos plantearemos si de las medidas provisionales adoptadas en un procedimiento sancionador es predicable su homogeneidad con la posible sanción a la que se enfrenta el presunto responsable. El legislador no se pronuncia al respecto de lo cual concluimos que no es una característica exigible de las medidas provisionales. Ahora bien, salvo en los casos en que no sea materialmente posible adoptar una medida homogénea -véase, por ejemplo, la inmovilización del vehículo exigida por la ley en una infracción de tráfico grave cuando la posible sanción

⁵ J. GARBERÍ LLOBREGAT & G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Vol. 2, Valencia, 2021, pp. 1593 y 1594.

⁶ El artículo 90.3 LPACAP establece que "[L]a resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado".



consista in una multa pecuniaria- sí consideramos que es recomendable⁷ la homogeneidad de la medida con la posible sanción. La principal ventaja que presenta la homogeneidad de la medida con la sanción es la posibilidad, siempre que sea jurídicamente viable, de compensación de las sanciones efectivamente impuestas con las medidas provisionales cumplidas por el infractor durante la tramitación del procedimiento. Sería el caso, por ejemplo, de una medida provisional consistente en el cierre cautelar de un establecimiento industrial cuando la posible sanción a la que se enfrenta el presunto infractor sea un cierre del mismo establecimiento por un período de diez años. Conviene recordar en este punto que la homogeneidad no está reñida con la naturaleza no sancionadora de la medida provisional pues, aunque sea análogo el contenido de medida provisional y sanción, la primera nunca representa un anticipo de la segunda, sino un medio para asegurar su eficacia.

En conclusión, consideramos características exigibles de las medidas provisionales la provisionalidad, la excepcionalidad, la instrumentalidad y la mutabilidad. La homogeneidad de la medida con la eventual sanción no es exigible pero sí recomendable a efectos prácticos por las ventajas que puede presentar a la hora de compensar la medida con la sanción efectivamente impuesta.

4. Tipos de medidas provisionales adoptables en el marco del procedimiento administrativo sancionador

Tal y como ha quedado transcrito al comienzo de este trabajo, el artículo 56.3 LPACAP establece una remisión a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil para enumerar un conjunto de medidas provisionales que la Administración puede adoptar en el seno de un procedimiento administrativo.

Al margen de las críticas que puedan realizarse al hecho de que una ley de procedimiento administrativo se remita a una ley procesal civil, teniendo en cuenta la distancia obvia entre un proceso judicial y un procedimiento administrativo⁸, consideramos que tal remisión resulta innecesaria. En efecto, el elenco de medidas enumeradas por el legislador no constituye un *numerus clausus* sino más bien un catálogo ejemplificativo de posibles medidas.

El legislador administrativo no tipifica ni limita el número de medidas adoptables, sino que admite cualquiera de las previstas en la ley -no solo la LPACAP- siempre que esté orientada a la protección de los derechos de los interesados o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución. Así lo entiende también el Tribunal Supremo que considera que la clase de medidas provisionales que pueden

⁷ A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Granada, 2007, p. 13.

⁸ B. MARINA JALVO, *Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 109, 2017, p. 181.



adoptarse “*pueden y deben ser todas aquellas que impidan que se frustre la finalidad del recurso*”⁹, es decir, que aseguren la efectividad de la eventual sanción.

Aclarada la no limitación de las medidas provisionales adoptables en el seno del procedimiento administrativo sancionador a las recogidas en el artículo 56.3 LPACAP, nos detendremos brevemente en si la potestad del órgano administrativo competente para adoptar la medida provisional es discrecional o es reglada. En otras palabras, si la elección sobre qué medida adoptar es susceptible de valoración por la Administración o no.

La regla general, a nuestro juicio, debe ser la discrecionalidad del órgano administrativo, pues es quien debe valorar la adecuación de la medida al fin perseguido en cada situación. Es decir, corresponde al órgano administrativo decidir motivadamente qué medida de entre todas las posibles consigue mejor el objetivo de proteger los derechos de los interesados y asegurar la efectividad de la resolución sancionadora en cada supuesto concreto.

Ahora bien, siendo conscientes de que nos encontramos en el procedimiento administrativo sancionador y de que el principio de legalidad estricta rige de forma especialmente intensa en este ámbito, entendemos que la Administración perderá toda su posibilidad de valoración cuando sea la ley la que determine de forma expresa la medida provisional adoptable en un supuesto concreto. Por lo tanto, siempre que la ley especial aplicable al caso no se pronuncie expresamente sobre la medida provisional que cabe adoptar, del artículo 56 LPACAP deducimos que será el órgano administrativo competente quien, valorando discrecionalmente las circunstancias de cada momento, adoptará motivadamente la medida que mejor se adapte a los fines ya citados en relación con el procedimiento sancionador.

5. Límites de las medidas provisionales.

Precisamente la naturaleza no sancionadora de las medidas provisionales impone a éstas una serie de límites contenidos, expresa o tácitamente, en el artículo 56 LPACAP. Concretamente, el apartado cuarto del citado artículo establece que la adopción de este tipo de medidas no podrá implicar, en ningún caso:

- Un perjuicio de imposible o difícil reparación a los interesados: deberá, en consecuencia, ponderarse el interés general que trata de protegerse con la medida provisional y los intereses en juego del sujeto presuntamente responsable que van a verse afectados. El órgano competente para la adopción de la medida deberá, en el ejercicio de una potestad discrecional y para cada caso concreto, valorar los intereses en juego y determinar si concurrirá o no un perjuicio de imposible o difícil reparación en caso de adoptarla.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 9 de diciembre de 2020, FD 4, (rec. 7831/2018).



- En segundo lugar, tampoco la adopción de medidas provisionales puede conllevar una violación de derechos amparados por las leyes. Esta expresión del legislador merecerá una interpretación restrictiva pues, por definición, toda medida provisional implica una vulneración de derechos protegidos por las leyes y, siguiendo el tenor literal del artículo 56.4 LPACAP, no se podría adoptar válidamente ninguna. Sin embargo, debemos entender esta expresión del legislador referida solamente a los derechos e intereses que no están en juego en el procedimiento administrativo sancionador. Es decir, la posible limitación o violación de derechos que implique la adopción de la medida debe circunscribirse exclusivamente a los derechos que entran en juego en el procedimiento, y no a otros derechos del presunto responsable amparados por las leyes.

Además, de la lectura del artículo 56 LPACAP debemos completar los dos límites anteriores con otros dos que se deducen también de la propia naturaleza restrictiva de derechos de las medidas provisionales, acentuada especialmente por encontrarnos en el ámbito de un procedimiento punitivo.

- Por un lado, el principio de proporcionalidad reflejado en los aforismos latinos "*favor libertatis*" o "*in dubio pro libertate*". En definitiva, se trata de valorar la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida para, posteriormente, elegir la medida más efectiva posible para alcanzar los fines deseados que produzca la menor onerosidad posible para el afectado¹⁰.

Este principio se traduce en que nunca podrá adoptarse una medida provisional que sea más perjudicial para los derechos e intereses del presunto responsable que la posible sanción a la que se enfrenta. Y para valorar esta circunstancia, nos resulta muy útil volver al concepto antes enunciado de la homogeneidad entre la medida provisional y la sanción. En efecto, la medida homogénea con la sanción constituiría

¹⁰ En relación con el principio de proporcionalidad, aunque no se desarrolle en relación con las medidas provisionales, sí se desarrolla en el artículo 29 de la antes citada Ley 40/2015 en relación con las sanciones: "1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios: a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad. b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora. c) La naturaleza de los perjuicios causados. d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa. 4. 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. 5. Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida. 6. 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".



el límite, en todo caso, del perjuicio que puede implicar una medida provisional a los intereses del afectado.

Si se probara durante el procedimiento sancionador que el órgano administrativo debió modificar o, incluso, alzar las medidas adoptadas por un cambio en las circunstancias o, simplemente no debió adoptarlas porque no justificó debidamente la relación entre los hechos, la medida adoptada y sus fines, provocando en el interesado un daño que no tuviese el deber jurídico de soportar, procederá la indemnización de la Administración al perjudicado por los daños indebidamente causados de acuerdo con el régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas¹¹.

- Por otro lado, el principio de reserva de ley. Ofrece pocas dudas la aplicación del principio "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*" al ámbito del derecho sancionador del Estado, ya sea vía penal o vía administrativa. Ahora bien, este principio exige que una norma con rango de ley tipifique las infracciones y las sanciones, pero nada dice de las medidas provisionales. En este punto encontramos dividida a la doctrina.

Hay quien considera que si la medida se adopta junto con el acto de incoación del procedimiento administrativo sancionador o durante la vigencia del procedimiento basta con que una norma de rango reglamentario prevea esta posibilidad¹². Por contra, si la medida se adopta en un momento previo a la iniciación del procedimiento se requerirá que su adopción esté prevista en una norma con rango de ley.

No compartimos esta posición pues consideramos injustificada la diferenciación entre si la medida se adopta en el seno de un procedimiento o con anterioridad a él. Consideramos que en todo caso la posibilidad de adoptar una medida provisional debe estar prevista en una norma con rango de ley pues estamos ante un acto administrativo restrictivo de derechos que, además, exige un plus de garantías toda vez que nos encontramos en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador.

Para terminar el análisis de los límites de las medidas provisionales abordaremos una última cuestión: ¿Es la adopción de medidas provisionales en el ámbito sancionador contraria a la presunción de inocencia? Para responder a esta pregunta analizaremos la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional que

¹¹ F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 245. Entiende el autor que habrá que valorar simplemente la justificación el juicio de razonabilidad en la adopción de la medida, además del cumplimiento de los requisitos generales de adopción de las medidas provisionales. En ningún caso la indemnización dependerá de si el procedimiento termina con resolución absolutoria o sancionadora, sino de si el administrado tenía o no el deber jurídico de soportar la restricción de derechos provocada por la medida impuesta.

¹² B. MARINA JALVO, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Valladolid, 2007, p. 58 o F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 138.



condiciona la compatibilidad de la medida provisional en el ámbito administrativo sancionador con el principio de presunción de inocencia al cumplimiento de tres requisitos: en primer lugar, debe existir siempre una norma jurídica que permita su adopción. En segundo lugar, deben adoptarse mediante un acto administrativo motivado y fundado en Derecho. Y, por último, si no estamos ante una medida provisional reglada, su adopción debe basarse en un juicio de razonabilidad entre la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concreto. De no cumplirse estos requisitos, el Tribunal Constitucional entiende la medida impuesta podría considerarse punitiva y, en definitiva, atentaría contra el principio de presunción de inocencia que debe proteger al expedientado en toda la tramitación del expediente sancionador hasta la resolución definitiva¹³.

6. Procedimiento de adopción de las medidas provisionales

6.1. Órgano competente

El artículo 56.1 LPACAP determina, con carácter general, que el órgano competente para la adopción de las medidas provisionales será el órgano administrativo competente para resolver el procedimiento. Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo establece que cuando concurren razones de urgencia inaplazable podrá adoptar este tipo de medidas el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento sancionador.

Es lugar común en la doctrina resaltar los problemas de imparcialidad¹⁴ que genera el hecho de que, por regla general, sea el órgano competente para resolver el mismo que tenga que adoptar la medida provisional. Es indiscutible que el juicio de razonabilidad que deber llevarse a cabo para adoptar la medida provisional sobre el *periculum in mora* y la motivación en la que se deben relacionar los hechos que han provocado la apertura del procedimiento con el presunto responsable no dejarían de ser un anticipo de la sanción posterior.

Este riesgo de imparcialidad desaparece, sin embargo, cuando el legislador reconoce la competencia de adopción de medias al órgano administrativo encargado de iniciar o de instruir el procedimiento. La desconexión entre el órgano iniciador o instructor en relación con el órgano encargado de resolver elimina las sospechas de imparcialidad que concurrían en el supuesto anterior. Ahora bien, sólo cabrá la adopción de medidas por estos órganos en casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados.

¹³ Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional número 108/1984, de 26 de noviembre o Sentencia del Tribunal Constitucional número 267/2000, de 24 de marzo.

¹⁴ J. GARBERÍ LLOBREGAT & G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Vol. 2, Valencia, 2021, p. 1592 y M. GÓMEZ TOMILLO & I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Cizur Menor, 2017, p. 693.



Entendemos que las sospechas de imparcialidad, aunque imposibles de eliminar al cien por cien, quedarían bastante reducidas si el órgano competente para adoptar las medidas provisionales fuese el órgano competente en la fase del procedimiento sancionador en la que surja la necesidad de adoptar este tipo de medidas. De este modo, podría resultar competente sin que resultara una excepción el órgano encargado de iniciar el procedimiento o el instructor, y se mantendría también competente el órgano encargado de resolver el procedimiento sancionador.

6.2. Momento y duración.

Por seguir un orden cronológico en lo que al momento de adopción de las medidas provisionales se refiere, analizaremos, en primer lugar, la posibilidad de adoptar este tipo de medidas antes del inicio del procedimiento sancionador. Como adelantamos en el epígrafe anterior, la adopción de medidas en este momento requiere una especial motivación de la urgencia inaplazable que concurre en la necesidad de proteger los intereses implicados en el caso concreto.

No se nos puede escapar que uno de los requisitos esenciales exigidos para la adopción de las medidas provisionales es el *periculum in mora*, independientemente de que las medidas se adopten antes o en cualquier momento del procedimiento administrativo sancionador. Por ello, en todo caso, la adopción de medidas está justificada en motivos de urgencia, pues de lo contrario bien podría esperarse al momento de la ejecución de la resolución sin la adopción de ningún tipo de medida provisional. Por consiguiente, cuando el órgano administrativo se disponga a adoptar medidas antes del inicio del procedimiento debe justificar una urgencia inaplazable cualificada¹⁵, superior incluso a la requerida con carácter general en cualquier otra fase del procedimiento.

A mayor abundamiento, la adopción de medidas antes del inicio del procedimiento estará condicionada a que en el plazo máximo de quince días desde su adopción se inicie el procedimiento sancionador. En el mismo acuerdo de iniciación deberá hacerse referencia expresa a su mantenimiento, modificación o alzamiento pues, de lo contrario, quedarán automáticamente extinguidas.

Un segundo momento procedimental que permite la adopción de este tipo de medidas es el mismo momento de iniciación del procedimiento sancionador. Dos son las posibilidades de adopción en este momento: pueden adoptarse integradas en el mismo acto de iniciación de procedimiento o también mediante un acto independiente que acompañe al acto de iniciación. De una u otra forma, el acto de adopción de las medidas provisionales será recurrible autónomamente, es decir,

¹⁵ B. MARINA JALVO, Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 109, 2017, p. 171.



independientemente de que no pueda recurrirse el acuerdo de iniciación del procedimiento como tendremos ocasión de ver en un epígrafe posterior.

Un tercer momento donde se podrán adoptar válidamente medidas provisionales será durante todo el desarrollo del procedimiento administrativo en función de las circunstancias vigentes en cada momento. Por ello, no solo cabrá la posibilidad de adoptar medidas provisionales, sino también de modificarlas o incluso alzarlas si varían las circunstancias que motivaron su adopción.

Ahora bien, podría ocurrir que, en el seno de la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador, posteriormente a la adopción de medidas provisionales, se observase que los hechos investigados podrían tener trascendencia penal. En ese caso, el órgano administrativo -para no incurrir en la prohibición del *non bis in ídem*- deberá suspender la tramitación del procedimiento, pero mantener la vigencia de las medidas provisionales hasta que el órgano judicial penal se pronuncia sobre su mantenimiento, modificación o alzamiento.

Por último, en el ámbito exclusivo del procedimiento administrativo sancionador también podrá adoptarse una medida provisional en el momento en que se dicte la resolución sancionadora no ejecutiva, precisamente con la intención de garantizar su eficacia en el supuesto en que el infractor recurra la resolución tal y como reconoce el más arriba citado artículo 90.3 LPACAP.

En lo que respecta al tiempo de vigencia de las medidas provisionales debemos señalar que, debido a su carácter eminentemente instrumental y accesorio en relación con el procedimiento sancionador, no podrá extenderse más allá de la duración de éste. Es decir, en principio, se alzarán las medidas provisionales cuando el procedimiento termine, ya sea por resolución -sancionadora o absolutoria-, por caducidad o por cualquiera de las formas de terminación de este tipo de procedimientos que contempla la ley.

También puede ocurrir que las medidas provisionales amplíen su eficacia más allá de la duración del procedimiento, cuando su resolución sancionadora sea objeto de recurso administrativo. En principio, y siempre que se justifique su mantenimiento en la garantía del cumplimiento efectivo de la sanción, se podrá extender su vigencia durante la tramitación de los recursos administrativos. Incluso, si agotada la vía administrativa, la sanción adquiere firmeza y el interesado manifiesta su intención de recurrirla en vía contencioso-administrativa, se mantendrán las medidas vigentes hasta ese momento hasta que el juez se pronuncie al respecto. En cualquier caso, si el juez decide mantener las medidas provisionales, éstas ya no tendrían naturaleza administrativa sino judicial.

6.3.- Principales trámites procedimentales.

En primer lugar, llama poderosamente la atención que el tenor literal del artículo 56 LPACAP no aluda expresamente a la necesidad o no de dar audiencia al interesado



antes de adoptar una medida provisional. Precisamente de la lectura del citado artículo se puede desprender que, salvo que una ley sectorial establezca lo contrario, no será, por regla general exigible el trámite de audiencia en el procedimiento administrativo.

Ahora bien, la doctrina no tiene tan claro que en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador no rija la obligatoriedad del trámite de audiencia, pues es difícil conjugar el refuerzo de garantías inherente al procedimiento sancionador con la no exigibilidad de la audiencia al interesado en un trámite del que pueden derivarse restricciones de derechos como es la adopción de una medida provisional.

En principio, parece que cabría la adopción de medidas provisionales *inaudita parte*, es decir, sin audiencia del interesado en los supuestos que la ley reconoce la posibilidad de adoptar medidas antes del inicio del procedimiento. Sólo en aquellos supuestos de urgencia inaplazable en los que dar audiencia al interesado podría frustrar el fin de la medida se permitirá no dar la posibilidad de hacer alegaciones al interesado. Aun así, por motivos de garantizar el derecho de defensa, habría que garantizar una audiencia posterior o la posibilidad de realizar alegaciones al interesado sin considerarse oportuno el levantamiento de la medida¹⁶.

Al margen de estos supuestos, parece razonable que el trámite de audiencia sí sería recomendable en todo caso, pues proporcionará más elementos de juicio al órgano administrativo competente para acordar la medida y disminuye o elimina la indefensión que podría suponer la ejecución de un acto administrativo de gravamen sin dar posibilidad de defenderse a su destinatario¹⁷.

Por tanto, siendo absolutamente aconsejable, siempre que sea posible, dar audiencia al interesado antes de adoptar una medida provisional, no podemos obviar que la LPACAP guarda silencio al respecto. En consecuencia, ¿existe alguna posibilidad de anular la medida provisional impuesta sin audiencia del interesado? En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa en dos supuestos:

- En primer lugar, cuando la ley sectorial que regule las particularidades del procedimiento sancionador en un ámbito concreto exija expresamente el trámite de audiencia.
- Y, en segundo lugar, y acudiendo a la teoría general de la invalidez del acto administrativo, el artículo 48.2 LPACAP reconoce la anulabilidad de los actos

¹⁶ F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 204.

¹⁷ En esta línea, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 15 de julio de 2008, FD 2, (rec. 5357/2004) o la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 20 de marzo de 2012, FD 2, (rec. 1501/2008): "la necesaria audiencia previa aparece directamente relacionada con el deber de motivar la medida, que sólo por razones de inaplazable urgencia cabría adoptar *inaudita parte*, pero siempre mediante explícita justificación".



adoptados con un defecto formal si éste implica la indefensión del interesado¹⁸. Es decir, que si por la omisión del trámite de audiencia se ha producido indefensión en el interesado, la medida cautelar podría ser anulada mediante el recurso oportuno.

Otro de los requisitos procedimentales exigibles a la adopción de la medida provisional es su motivación, tal y como se desprende del anteriormente citado artículo 35.1.d) LPACAP. En este caso se trata de un requisito exigible en todo caso, tanto si la medida se adopta previa audiencia del interesado como si se adopta *inaudita parte*. La motivación de la adopción de la medida es la garantía fundamental que permite el control posterior sobre su corrección, por ello, debe ser una motivación real y efectiva, y no un mero trámite formal¹⁹.

Concretamente, el requisito de la motivación se verá debidamente cumplido cuando se refiera expresamente a los hechos y los indicios sobre la participación del supuesto responsable en los mismos. Igualmente debe hacer referencia a la supuesta infracción y a la medida provisional que se va a adoptar, justificando tanto sus fines como la relación de proporcionalidad entre los hechos y la medida. Además, si la medida provisional se adopta antes del inicio del procedimiento sancionador, deberá justificarse expresamente la situación de urgencia inaplazable.

Por último, dentro de los trámites procedimentales requeridos para la válida adopción de las medidas provisionales destacamos su formalización y notificación. En todo caso, el acuerdo de adopción deberá adoptarse por escrito, ya sea antes del inicio del procedimiento sancionador, en el momento del inicio –podrá integrarse en el acuerdo de iniciación o un acto separado– o en cualquier momento del procedimiento, incluido el de la resolución. Igualmente deberá ser notificado a todos los interesados incluyendo, además del contenido sustantivo, los recursos que caben contra el acuerdo. Además, siguiendo el régimen jurídico general de los actos administrativos, cuando la ley contemple esa posibilidad podrán ser objeto de publicación o de inscripción en los registros públicos que corresponda²⁰.

7. La impugnabilidad del acuerdo de adopción de las medidas provisionales.

El régimen general de impugnación de los actos administrativos que recoge en el artículo 112 LPACAP determina que cabrá interponer recursos en vía administrativa *“contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos”*.

¹⁸ F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 204.

¹⁹ B. MARINA JALVO, *Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 109, 2017, p. 181.

²⁰ F. PONS CANOVAS., *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, pp. 208 y 209.



Existe un sector doctrinal que, atendiendo al citado artículo, defiende que con carácter general, el acuerdo cautelar no resulta impugnabile salvo en los casos en que se haya producido indefensión²¹. Sin embargo, entendemos que con carácter mayoritario en la doctrina se defiende la postura contraria, es decir, la posibilidad de impugnar en vía administrativa y en todo caso el acuerdo de adopción de las medidas provisionales²².

No podemos negar que el acuerdo de adopción de medidas no es una resolución propiamente dicha y, quizás, tampoco encaje perfectamente en los supuestos que el legislador reconoce como actos de trámite cualificados impugnables autónomamente en vía administrativa. Bien es cierto que en algún supuesto concreto pueden causar indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos, sin embargo, no son precisamente estas causas las que justifican la posibilidad de recurrir el acuerdo de adopción de medidas.

A nuestro juicio, dos son los motivos fundamentales por los que debe reconocerse la impugnabilidad autónoma de este tipo de actos administrativos:

- Primeramente, desde el punto de vista sistemático, el artículo 56.2 LPACAP, cuando regula la posibilidad de adoptar medidas provisionales con anterioridad al comienzo del procedimiento administrativo establece que éstas "*deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda*".

Parece claro que el legislador permite recurrir el acuerdo de iniciación al interesado para que pueda alegar lo que crea conveniente en relación con las medidas provisionales adoptadas *inaudita parte*. Si se permite recurrir el acuerdo de medidas en este momento, poco sentido tendría que no se permitiese recurrir en cualquier otro momento del procedimiento, cuando su incidencia en la esfera jurídica del interesado es la misma²³.

- Y, en segundo lugar, tratándose especialmente del procedimiento administrativo sancionador, debe ser recurrible el acuerdo de adopción de medidas pues, aunque se trate de un acto de carácter provisional, es evidente que tiene un contenido sustantivo que limita o restringe la esfera de derechos de su destinatario, lo que impide calificarlo como acto meramente de trámite²⁴.

²¹ J. GARBERÍ LLOBREGAT & G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Vol. 2, Valencia, 2021, p. 1601.

²² Entre otros, B. MARINA JALVO, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Valladolid, 2007, p. 58 o F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 229.

²³ A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Granada, 2007, p. 50.

²⁴ Muy gráfica en este sentido es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 4 de noviembre de 2009, AH 2, (rec. 3593/2005): "[L]a jurisprudencia tiene declarado que las resoluciones que acuerdan la adopción de medidas cautelares son, tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional contencioso administrativa, susceptibles



Justificada la posibilidad de recurrir de forma independiente la adopción de medidas provisionales, hemos de destacar en último lugar que su impugnación no suspenderá automáticamente la ejecución de la misma²⁵ salvo que la Administración lo considere oportuno valorando el perjuicio que podría causar se adopción o que una norma determine expresamente lo contrario. Es decir, si el cumplimiento de la medida provisional depende de la voluntad de su destinatario se le reconocerá un plazo para llevarlo a cabo y, si agotado el plazo persiste en el incumplimiento, la Administración podrá ejecutar forzosamente el acuerdo de medidas contra la voluntad del administrado.

8. Conclusiones

Primera.- Las medidas provisionales no tienen naturaleza punitiva pero su adopción en el seno de un procedimiento administrativo sancionador y su contenido limitador de derechos determina, en la medida de lo posible, la aplicación de todas las garantías propias de un procedimiento punitivo (entre otras, el principio de reserva de ley, el principio de proporcionalidad, la impugnabilidad autónoma...).

Segunda.- De la naturaleza no sancionadora de las medidas provisionales deriva su carácter provisional, instrumental o temporal en relación con el procedimiento en el cual han sido adoptadas. La homogeneidad de la medida con la potencial sanción, no siendo un requisito exigible, es recomendable pues permite la compensación posterior con la sanción efectivamente impuesta.

Tercera.- La adopción de una medida provisional puede consistir en una decisión discrecional de la Administración -tanto el simple hecho de adoptarla o no, como adoptar una medida u otra-, sin embargo, consideramos exigible, en todo caso, que esta posibilidad esté prevista expresamente en una norma con rango de ley toda vez que se trata de una restricción o limitación de derechos para los administrados.

Cuarta.- A nuestro juicio, no es acertada la decisión del legislador español de otorgar la competencia para la adopción de medidas provisionales, como regla general, al órgano competente para resolver el procedimiento y sólo en los casos de urgencia inaplazable al órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento. Entendemos que las inevitables sospechas de imparcialidad que se generan en este punto podrían resolverse otorgando esta facultad al órgano que sea competente en la fase del procedimiento en la que se adopten las medidas provisionales.

de impugnación de forma autónoma, con independencia de la impugnación de la resolución que ponga fin al procedimiento, porque, a pesar de su carácter provisional, es obvio que provocan consecuencias negativas directas para su destinatario, incidiendo directamente sobre sus derechos e intereses, lo que impide que puedan ser consideradas como meros actos de trámite".

²⁵ F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 238.



Quinta.- La audiencia al interesado es una de las garantías más importantes del administrado en el procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, por razones de urgencia inaplazable es posible que la adopción de medidas provisionales pueda realizarse *inaudita parte*. Esta posibilidad no determina la invalidez de la medida provisional -siempre que esté suficientemente motivada- salvo que la ley expresamente exija el trámite de audiencia o haya existido una indefensión real y efectiva del administrado. En todo caso, la posibilidad de recurrir siempre el acto de adopción de medidas provisionales refuerza las garantías del administrado que hayan podido verse vulneradas.