

EL CONCURSO DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

JAVIER TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA

Doctor en Derecho

Cómo citar/Citation

Torre de Silva López de Letona, Javier (2026).
El concurso de infracciones administrativas.
Revista de Administración Pública, 229, 123-168.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.229.05>

Resumen

El trabajo analiza el concurso de normas y el concurso de infracciones administrativas en sus diversas formas. Se sostiene que el art. 29.5 de la Ley 40/2015 se aplica tanto a supuestos de concurso de normas como de concurso de infracciones administrativas, y por lo que respecta a estas últimas no coincide con el concepto penal de concurso medial, que con frecuencia utiliza tanto la doctrina como la jurisprudencia para referirse a este precepto. Se acuña para ello el concepto de «concurso causal». Se afirma por otro lado que, en determinadas circunstancias de concurso ideal no causal, cuando el desvalor jurídico de una infracción ha sido ya parcialmente tenido en cuenta en otra infracción previamente sancionada, ello ha de comportar una minoración de la sanción. Se formulan algunas sugerencias *de lege ferenda* sobre el concurso ideal y sobre el concurso medial. También se identifica un nuevo supuesto de concurso de infracciones, el concurso por vinculación, que ha aparecido en algunas normas sectoriales. Se analizan también las infracciones continuadas (con especial referencia a las infracciones con múltiples perjudicados) y las permanentes. Se formula finalmente alguna sugerencia *de lege ferenda* en relación con el concurso de sanciones.

Palabras clave

Concurso de infracciones; concurso de leyes; concurso ideal; concurso medial; infracciones continuadas; concurso de sanciones.

Abstract

The paper analyses the concurrence of rules and the concurrence of administrative offences in their various forms. It argues that Article 29.5 of Law 40/2015 applies to both cases of concurrence of rules and concurrence of administrative offences, and

that with regard to the latter, it does not coincide with the criminal Law concept of medial concurrence, which is frequently used in both doctrine and case law to refer to this article. The concept of «causal concurrence» is coined for this purpose. On the other hand, it is stated that, in certain circumstances of non-causal ideal concurrence, when the legal reproach of an offence has already been partially taken into account in another previously sanctioned offence, this must result in a reduction of the penalty. Some suggestions are made *de lege ferenda* on ideal concurrence and medial concurrence. A new type of concurrence of offences is also identified, namely concurrence by connection, which has appeared in some sectoral regulations. Continuous offences (with special reference to offences with multiple victims) and permanent offences are also analysed. Finally, some suggestions are made *de lege ferenda* in relation to the concurrence of administrative penalties.

Keywords

Concurrent offenses; concurrent laws; ideal concurrence; medial concurrence; continuing offenses; concurrent penalties.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCURSO DE NORMAS EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. IV. LA REGULACIÓN EN DERECHO COMPARADO. V. LA DISTINCIÓN ENTRE CONCURSO IDEAL Y CONCURSO REAL DE SANCIONES. EL CONCURSO MEDIAL. VI. EL SUPUESTO DEL ART. 29.5 DE LA LEY 40/2015: EL CONCURSO CAUSAL. VII. ESTUDIO ESPECÍFICO DEL DESVALOR JURÍDICO EN EL CONCURSO IDEAL NO CAUSAL DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS. VIII. EL CONCURSO POR VINCULACIÓN. XIX. REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LAS INFRACCIONES CONTINUADAS (Y LAS INFRACCIONES CON MÚLTIPLES PERJUDICADOS) Y AL DE LAS INFRACCIONES PERMANENTES. X. ¿CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA EL CONCURSO DE SANCIONES? XI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Como decía Nieto¹, en el estudio del concurso de infracciones administrativas estamos «huérfanos de reflexión jurídica», que con frecuencia se suple con «buenas intenciones» sin «osatura técnica» fuera del derecho penal. Este trabajo pretende contribuir al estudio del concurso de infracciones en el ámbito administrativo sancionador.

Hay concurso de infracciones administrativas cuando unos mismos hechos, o distintos hechos conexos o inconexos, cometidos por una misma persona constituyen diversas infracciones administrativas.

El concurso de infracciones administrativas obliga a cuestionar con carácter previo si se ha producido un concurso aparente de infracciones, también llamado concurso de normas, con las consecuencias previstas en el art. 31.1 de la Ley 40/2015, por haber sido sancionado un mismo hecho con anterioridad o simultáneamente, con «identidad del sujeto, hecho y fundamento». Por ello, el concurso de normas se estudiará como paso previo al tema que nos ocupa. En muchas ocasiones, un aparente concurso ideal de infracciones esconde un

¹ Alejandro Nieto García (2012), *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid: Tecnos, 5ª ed., págs. 487 y s.

concurso de leyes que obliga a considerar como única la infracción y a imponer una sola sanción.

La Ley 40/2015 establece una regulación incompleta del concurso de infracciones en el derecho administrativo sancionador: su art. 29 establece el principio de proporcionalidad y trata de una forma muy específica de concurso de infracciones (que denominaremos «concurso causal») que no coincide plenamente ni con el ideal ni con el medial (aunque doctrina y jurisprudencia lo confunden) ni por supuesto con el real, y regula también la infracción continuada (que es siempre real), pero omite la regulación de las demás formas de concurso de infracciones administrativas.

Existen innumerables normas comunitarias, estatales (de ámbito sectorial) y autonómicas que dan distintos tratamientos al concurso de infracciones administrativas en cualquiera de sus formas. La disparidad de criterios que de ellas resultan nos obliga a preguntarnos si cabe establecer algunas reglas que con carácter transversal inspiren el derecho administrativo sancionador, además de la que específicamente consagra el art. 29 citado.

Apenas vamos a abordar en este trabajo el concurso de sanciones administrativas, que merecería una regulación propia (como la tiene en derecho penal el concurso de penas) y un estudio específico. No obstante, sostendremos dos conclusiones en relación con esta cuestión.

La Administración ignora con frecuencia las normas sobre concurso de leyes o de infracciones administrativas: por ejemplo, no es infrecuente que la Agencia Española de Protección de Datos sancione por la vulneración del principio de lealtad (por tratar datos personales sin base legitimadora) consagrado en el art. 5.1.a) RGPD² y a la vez por tratar datos personales sin la base legitimadora exigida en el art. 6 RGPD³, o que tras declarar que un consentimiento para el tratamiento de datos personales es nulo exclusivamente por falta de claridad en la información proporcionada al cliente para recabar dicho consentimiento, sancione tanto por la falta de consentimiento válido en el tratamiento de datos como por la falta de claridad en la información en el mismo tratamiento⁴. La cuestión es transversal, y afecta en mayor o menor medida a todos los sectores y reguladores.

No se van a tratar en este trabajo cuestiones de procedimiento ligadas al *non bis in idem* o al concurso de infracciones; nos limitaremos a las cuestiones sustantivas.

² Véase también el art. 83.3 RGPD.

³ Expediente sancionador EXP202301678.

⁴ Expediente sancionador PS/00477/2019. La resolución sancionadora, de 18 de marzo de 2021, fue anulada por este motivo (falta de aplicación de las normas sobre concurso de infracciones) por la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2025, rec. 1448/2021.

II. EL CONCURSO DE NORMAS EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR⁵

El concurso de normas⁶ se diferencia claramente del concurso de infracciones administrativas objeto de este trabajo desde un punto de vista conceptual⁷. Existe concurso de normas cuando los mismos actos imputados (identidad de hechos), cometidos por un mismo sujeto⁸ (identidad de sujeto), están tipificados en dos tipos infractores diferentes de forma que «uno de ellos es capaz de recoger toda la antijuridicidad del comportamiento». a. En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3^a, 1177/2020, de 17 de septiembre de 2020⁹, FJ 2^o, que cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Sala 2^a¹⁰). Esta misma afirmación se ha hecho de diferentes formas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo: se aplica el concurso de normas —y no el concurso de infracciones— si «total significación jurídica» de un delito «queda cubierta mediante la aplicación de una sola norma penal», o si «para abarcar la total ilicitud del hecho» no «es necesario acudir conjuntamente a las dos» normas (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2^a, de 19 de mayo de 2011¹¹ y las que cita¹²)¹³.

⁵ Sobre esta cuestión, en general, véase Tomás Cano Campos (2001), «Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, 156, págs. 191-249.

Sobre la aplicación del principio «non bis in idem» al procedimiento administrativo, cuestión distinta de la que se trata en este trabajo, véase Lucía Alarcón Sotomayor (2008), *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel.

⁶ Véase, en el ámbito penal, Enrique Peñaranda Ramos (1991), *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid: Civitas, 1^a ed.

⁷ La diferencia es menos clara en ocasiones desde un punto de vista práctico: véase a este respecto, desde el punto de vista penal, José Antonio Choclán Montalvo (1995), «Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones», en Ángel Calderón Cerezo (coord.), *Unidad y pluralidad de delitos*, CGPJ, págs. 347-351.

⁸ Sobre la posibilidad de concurso de normas en caso de sanción a la persona jurídica unipersonal y al socio único de ésta, véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2^a) 747/2022, de 20 de julio, y Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales (2023), *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Aranzadi, pág. 261.

⁹ Rec. 325/2019, RJ 2020/3894, ECLI:ES:TS:2020:2871.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 4 de febrero de 2020 (Roj: STS 204/2020; ECLI: ES:TS:2020:204).

¹¹ ECLI:ES:TS:2011:3102.

¹² Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 2^a) 887/2004, de 6 de julio, RJ 2004/4102; 722/2005, de 6 de junio, 671/2006, de 21 de junio, 900/2006, de 12 de septiembre.

¹³ El TJUE y el TGUE, en una interpretación que hay que entender limitada a la interpretación del art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sostienen que el principio «non bis in idem» consagrado en ese artículo no se aplica cuando un mismo órgano en un mismo acto administrativo impone varias sanciones (Sentencia TGUE

La identidad de fundamento¹⁴ o bien jurídico protegido —fórmulas que en ocasiones también usa la jurisprudencia constitucional— conduce al mismo resultado, pues la lesión del bien jurídico protegido es precisamente la antijuridicidad castigada, fundamento de la imposición de la sanción.

Pese a que con carácter general la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador se produce tan solo «con ciertos matices» o «modulaciones» (Sentencia del TC 18/1981, de 8 de junio), la Sala 3ª del Tribunal Supremo¹⁵ ha declarado que «las técnicas hermenéuticas o criterios de interpretación aplicables para determinar el precepto o los preceptos penales aplicables en el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado (ya sea la jurisdicción penal o la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora específica), cuya elaboración más depurada corresponde a la doctrina penalista y a la Sala Segunda de este Tribunal y que esta misma Sección ha declarado ya —y lo ha hecho expresamente y sin ambages— que son de aplicación al Derecho tributario sancionador», y por extensión al derecho administrativo sancionador con carácter general. Por tanto, en sede de concurso de normas la regulación penal puede tenerse en cuenta para determinar la solución aplicable en sede de sanciones administrativas.

Por ejemplo, en sede penal, tal y como declara el Tribunal Constitucional en su Sentencia 1/2020, de 14 de enero, FJ 8b, interpretando el art. 25.1 CE, «el delito de desórdenes públicos atentaría contra la paz pública o el orden público mientras que el delito de impedir el derecho de reunión protegería el ejercicio legítimo de este derecho fundamental, de forma que el delito de desórdenes públicos no exige que se impida la celebración de una reunión y el delito de impedir el derecho de reunión tampoco exige que esa conducta se efectúe mediante una alteración de la paz y el orden público». El desvalor, la antijuridicidad del delito de desórdenes públicos, no incluye el reproche propio del delito de

de 26 de octubre de 2017, asunto T-704/14, par. 371, confirmada por el TJUE de 4 de marzo de 2020, asunto C-10/18 P, parágrafo 78).

A mi juicio, con independencia de que ello no esté amparado en el art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que correctamente se ha entendido que no lo está, dada su redacción), en aplicación de principios generales (y constitucionales españoles) no cabe que un mismo órgano sancione dos veces por la misma infracción (con identidad de sujeto, hechos y fundamento), tanto si aplica el mismo precepto como si existe concurso de leyes y la conducta encajaría en principio en dos normas diferentes que tutelan el mismo bien jurídico protegido. Es una cuestión de interpretación y aplicación de las normas sancionadoras: si concurre la triple identidad, entonces solo puede imponerse una sanción.

¹⁴ STC 229/2003, de 18 de diciembre de 2003, rec. 4455/1999, FJ 3.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, 1177/2020, de 17 de septiembre de 2020, FJ 3º, rec. 325/2019, RJ 2020/3894; véase también la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2011, Roj 5949/2011, ECLI ES:TS:2011:5949.

impedir el derecho fundamental de reunión, por lo que no hay concurso de leyes sino concurso ideal de delitos (que se examinará más adelante).

En el caso examinado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, 1177/2020, de 17 de septiembre de 2020¹⁶, la infracción tributaria consistente en la solicitud indebida de una devolución tributaria (que puede ser por mera negligencia y sin falsedad) no subsume el ilícito de la elaboración y presentación de facturas falsas, de modo que cuando concurren ambas no habrá concurso de normas sino de infracciones.

Lo mismo —ausencia de concurso de normas— sucedería entre el delito de resistencia a la autoridad y el de lesiones causadas al funcionario público (en un ejemplo de De Vicente Martínez¹⁷).

En cambio, el delito de asesinato subsume totalmente la antijuridicidad del delito de lesiones, por lo que hay concurso de normas y no se puede sancionar por ambos delitos. Otro ejemplo puede encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: así, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/1990, de 15 de octubre de 1990, que declaró que en un caso de robo con toma de rehenes no podía condenarse al responsable, por un lado, por un delito de robo con violencia en las personas y, por otro lado, por dos delitos de detención ilegal: la detención ilegal constituye la violencia en las personas incluida en la definición del primer delito.

En el ámbito administrativo, la conducción considerada temeraria exclusivamente por la excesiva velocidad de circulación no puede sancionarse como conducción temeraria por un lado (art. 77.e) del texto refundido de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial¹⁸) y como exceso de velocidad por otro (art. 77.a) del mismo texto): el desvalor del exceso de velocidad está íntegramente subsumido en el carácter temerario de la conducción cuando dicho carácter temerario resulta exclusivamente del exceso de velocidad.

En el ejemplo anteriormente citado, una persona que ha solicitado y obtenido el consentimiento de un interesado para el tratamiento de sus datos personales, si ha incurrido en falta de claridad a la hora de informar a dicho interesado, podría enfrentarse a una situación en la que dicha falta de claridad en la información invalide el consentimiento, pero no debería enfrentarse a una sanción por falta de claridad en la información y a otra por falta de consentimiento. El desvalor jurídico de tratar datos personales sin consentimiento válido por falta de claridad en la información incluye en este caso el desvalor jurídico de informar

¹⁶ Rec. 325/2019, RJ 2020/3894.

¹⁷ Alfonso Ortega Matesanz (2022), *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*, Editorial Reus, 1ª ed., pág. 85.

¹⁸ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.

mal, viciando de esta forma el consentimiento para el tratamiento de datos personales¹⁹.

Lo mismo sucede si se procede a la publicación de datos sin consentimiento del interesado y además vulnerando el deber de secreto de los datos personales²⁰: si hubiera habido consentimiento no habría vulneración del deber de secreto.

La consecuencia jurídica asociada al concurso de normas consiste en la aplicación del principio de absorción, con arreglo al cual el precepto infractor más grave subsume, consume e incluye el más liviano («lex consumens derogat lex consumptae»²¹), aunque tal subsunción, consunción o inclusión solo se produce cuando «ninguna parte injusta del hecho» queda sin respuesta, pues en otro caso habrá concurso ideal de infracciones (véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, 1177/2020, de 17 de septiembre de 2020²², FJ 2º, que cita la Sentencia del Tribunal Supremo 379/2011, de 19 de mayo). En el Código Penal, la cuestión está tratada en el art. 8, que establece una serie de reglas para resolver el conflicto de normas.

Una regulación particular del concurso de normas en el ámbito administrativo podría encontrarse en el art. 31.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que dispone cuál ha de ser el precepto aplicable a hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos: el precepto especial se aplica con preferencia al general, el más amplio o complejo absorbe al que tipifica las conductas subsumidas en él, y en defecto de los criterios anteriores se aplicará el precepto que imponga una sanción más grave. Otra consecuencia de ello es que, como aclara el art. 31.3 de la misma norma, «cuando una acción u omisión deba tomarse en consideración como criterio de graduación de la sanción o como circunstancia que determine la calificación de la infracción no podrá ser sancionada como infracción independiente». En tal caso, el desvalor del tipo infractor principal subsume al otro tipo y no hay sino una sola infracción.

Otro ejemplo puede encontrarse en el art. 16 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2023, de 16 de marzo, de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, que llama a la aplicación del precepto especial, del de aplicación principal y del más amplio y complejo, y solo en defecto de todo lo anterior pide la aplicación del precepto que lleve consigo la imposición de la sanción más grave.

En algunas otras leyes especiales se contempla también el concurso de normas, como, por ejemplo, en el art. 34 del texto refundido de la Ley de Prevención

¹⁹ Véase a este respecto la poco clara Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2025, rec. 1448/2021, que anula la sanción relativa a la falta de consentimiento con el argumento de que existía concurso ideal medial. En realidad, se trata de un caso de concurso de normas.

²⁰ La propia AEPD aplicó la regla del derogado art. 4.4 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, y solo impuso una sanción, lo que corroboró la Audiencia Nacional en su Sentencia de 14 de abril de 2011, rec. 626/2009, RJCA 2011/427.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 19 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3102).

²² Rec. 325/2019, RJ 2020/3894.

y Control Integrados de la Contaminación²³, o en el art. 46.5 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios («TRLGDCU»)²⁴, así como en normas comunitarias²⁵. También late en el art. 107.2 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, entre muchas otras normas²⁶.

El concurso de normas está parcialmente incluido en la regulación del art. 29.5 de la Ley 40/2015, según el cual «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». Este artículo es equívoco, porque puede entenderse referido tanto al concurso de normas (pese a que habla de dos infracciones, en este caso impropriamente) como a otros supuestos de concurso de infracciones administrativas, como veremos más abajo. Como sostiene la doctrina penal, con respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia 1632/2002, de 9 de octubre), para que exista concurso medial de delitos «no cabe exigir que un delito sea imprescindible, como necesidad absoluta, para la realización de otro, pues entonces estaríamos ante un concurso aparente o

²³ Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre. Este precepto dice así: «Cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes que fueran de aplicación, de las posibles sanciones se le impondrá la de mayor gravedad». Sobre ello véase José Francisco Alenza García (2004), «La disciplina ambiental en la Ley de prevención y control integrados de la contaminación», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, págs. 285 a 333.

²⁴ Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Su art. 46.5 citado dispone: «Cuando el mismo hecho y en función de idéntico ataque a los intereses públicos pueda ser calificado como infracción con arreglo a dos o más preceptos de esta Ley o de otras normas sancionadoras, se aplicará el que prevea más específicamente la conducta realizada y, si todos ofrecieran los mismos caracteres, el que establezca mayor sanción, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa».

²⁵ El art. 83.3 RGDJ también incluye entre otros supuestos el de concurso de normas.

²⁶ Son muchas las leyes que usan una fórmula análoga a la siguiente (art. 47.3 Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición): «en ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses jurídicos protegidos». Por ejemplo, el art. 19.3 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, o el art. 63.4 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En ocasiones se sustituye «intereses jurídicos protegidos» por «bienes jurídicos» o por «fundamento jurídico», y se aclara que debe haber identidad de sujeto infractor (por ejemplo, art. 62 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo). Un ejemplo de esto último es el art. 21.2 de la Ley 34/2014, de 22 de diciembre, de Metrología, que dispone que «en ningún caso podrá imponerse una doble sanción administrativa por los hechos que hayan sido sancionados, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».

Véase una formulación distinta pero consistente con lo anterior en el art. 44.2 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información 34/2002.

de leyes»²⁷. *A contrario sensu*, cuando para cometer una infracción administrativa es absolutamente necesario, con necesidad absoluta, cometer otra antes o simultáneamente, no hay en realidad concurso de infracciones, ni siquiera medial, sino de leyes, y se sanciona una única infracción, siempre que el desvalor jurídico de una infracción esté incluido en el de la otra (como será el caso si se dan las circunstancias anteriormente descritas).

La no aplicación de las reglas sobre concurso de normas vulnera como se ha dicho el principio «*non bis in idem*»²⁸, sin que el principio de proporcionalidad juegue papel alguno.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Las reglas sobre concurso de infracciones (excluyendo el concurso de normas, que tiene otro fundamento y naturaleza como se ha visto más arriba²⁹) tienen su fundamento en el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones, que a su vez se explica por la finalidad que persigue la imposición de sanciones administrativas.

La finalidad del derecho administrativo sancionador —al igual que la del derecho penal— no es la restauración del orden jurídico vulnerado (la «*restitutio iuris*»), como es por lo demás evidente en materia urbanística o medioambiental, donde claramente se distingue esta restauración del orden jurídico vulnerado de la posible sanción. Desde Beccaría (1764)³⁰, la finalidad tanto del derecho penal como del derecho administrativo sancionador no estriba en el principio «*punitur*

²⁷ Alfonso Ortega Matesanz (2022), *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*, Editorial Reus, 1ª ed., pág. 91.

²⁸ «Resulta indubitado, por consiguiente, que la Sentencia de instancia ha incurrido en infracción del derecho fundamental del recurrente al *non bis in idem*, al no haber aplicado el órgano de instancia, como destaca el Ministerio Fiscal, el principio de especialidad rector del concurso de normas (art. 501 C.P.)» (STC 126/2011, de 18 de julio, rec. 6988/2004).

²⁹ Véase a este respecto José Ignacio Cubero Marcos (2018), «Las aporías del principio *non bis in idem* en el Derecho Administrativo Sancionador», *Revista de Administración Pública*, 207, pág. 287. Cuando entra en juego el principio «*non bis in idem*», el principio de proporcionalidad es innecesario e improcedente.

³⁰ «El fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. [...] El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer los demás de la comisión de otros iguales», Cesare Bonesana, marqués de Beccaría (1764), *Tratado de los delitos y las penas*, edición y traducción a cargo de G. Cabanellas de Torres (1983), Buenos Aires: Ed. Heliasta, págs. 79 s. Esta misma idea está, unos años después, en Arthur Schopenhauer (1819), *El mundo como voluntad y representación*, 1ª ed., pág. 411, véase en la edición de R. Aramayo (2024), Alianza Editorial, vol. 1, pág. 605: «la ley y su ejecución, el castigo, se hallan esencialmente orientadas hacia el futuro y no hacia el pasado. Esto diferencia al castigo de la venganza».

quia peccatum est», sino en el de prevención general y especial («*punitur ne peccetur*»). La concepción retributiva de la pena, que daba lugar a la acumulación material de penas (suma aritmética de todas ellas: tantas penas como delitos, «*quot delicta, tot poena*»), viene abandonándose en realidad por la mejor doctrina penal desde que en 1867 el célebre penalista Juan Francisco Pacheco (1867)³¹ propuso mecanismos para evitar tal acumulación material, como explica y hoy defiende Peñaranda Ramos (2024)³².

Las sanciones deben guardar proporcionalidad con las infracciones cometidas y limitarse a lo estrictamente necesario para evitar la repetición o continuación de la actividad infractora. Decía Beccaría (1764)³³ que «no sólo es interés común que no se cometan delitos, pero aún lo es más que sean menos frecuentes, a proporción del daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerles. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas».

En nuestro ordenamiento, el principio de proporcionalidad está establecido en el art. 29 de la Ley 40/2015.

IV. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

El principio de proporcionalidad se tiene en cuenta en todos los ordenamientos para moderar, al menos en algunos casos, las sanciones correspondientes en caso de concurso de infracciones.

En Italia el concurso de infracciones está contemplado en la Ley³⁴ de 24 de noviembre de 1981, número 689, modificada en diversas ocasiones, que regula el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. El ordenamiento italiano distingue —como el español— entre el concurso de leyes y el concurso de infracciones administrativas, en el que hay varias infracciones y en ocasiones

³¹ Véase en Joaquín Francisco Pacheco (1867), *El Código penal concordado y comentado*, 3.ª ed., Madrid, 1867 (reimpresión de 2000, Madrid: Edisofer, pág. 409, citado y comentado en Enrique Peñaranda Ramos (2024), «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», en Enrique Peñaranda Ramos y L. Pozuelo Pérez (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Derecho Penal español*, Madrid: BOE, págs. 305 y 306.

³² E. Peñaranda Ramos (2024), «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», en E. Peñaranda Ramos y Laura Pozuelo Pérez (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Derecho Penal español*, Madrid: BOE, págs. 329, 347.

³³ Cesare Bonesana, Marqués de Beccaría (1764), *Tratado de los delitos y las penas*, edición y traducción a cargo de Guillermo Cabanellas de Torres (1983), Buenos Aires: Ed. Heliasta, pág. 67.

³⁴ Legge 24 novembre 1981, n. 689, modifiché al sistema penale, disponibile in LEGGE 24 novembre 1981, n. 689 - Normattiva

una sola sanción. En caso de concurso de leyes se aplica tan solo la ley especial y se entiende cometida una sola infracción (art. 9, principio de especialidad)³⁵. El concurso ideal de infracciones administrativas tiene lugar cuando, en el mismo supuesto, una sola acción constituye varias infracciones administrativas con arreglo a diversas leyes (se entiende, protegiendo bienes jurídicos diferentes, aunque la ley no lo aclara), en cuyo caso la consecuencia es la imposición de la sanción prevista para la infracción más grave, incrementada hasta el triplo en su cuantía (art. 8, primer párrafo)³⁶. La misma consecuencia se asocia —en materia de previsión social— al concurso real de infracciones administrativas cuando todas ellas se produzcan en ejecución de un mismo propósito («esecutive di un medesimo disegno») (art. 8 de la misma ley)³⁷, de forma análoga a nuestra infracción continuada. Por otro lado, no hay reincidencia —una consecuencia de menor alcance— cuando las infracciones sucesivas se producen «en momenti ravvicinati e riconducibili ad una programmazione unitaria» («in tempi ravvicinati e riconducibili ad una programmazione unitaria») (art. 8 *bis* de idéntica norma)³⁸.

En Alemania, la Ley de Infracciones Administrativas (Ordnungswidrigkeitengesetz, «OWiG») distingue entre «infracciones concurrentes» («Tateinheit», § 19 OWiG) e «infracciones múltiples» («Tatmehrheit», § 20 OWiG). Las «infracciones concurrentes» («Tateinheit»), que coincide con el concepto español de concurso ideal, consisten en la comisión de diversas infracciones administrativas mediante un solo acto: en este caso, no se acumulan las sanciones pecuniarias correspondientes a cada una de las infracciones, sino que se aplica una sola sanción pecuniaria (en cambio, las sanciones no pecuniarias, como la pérdida de puntos o la suspensión del carnet de conducir, se acumulan). Por el contrario, estamos ante «infracciones múltiples» («Tatmehrheit») cuando distintos actos dan lugar a distintas infracciones administrativas (de forma similar al concepto español de concurso real), en cuyo caso las sanciones (pecuniarias o no) se imponen separadamente y se acumulan, sin reducción alguna.

³⁵ «Quando uno stesso fatto è punito da (...) da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale».

³⁶ «Salvo che sia diversamente stabilito dalla legge, chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo».

³⁷ «Alla stessa sanzione prevista dal precedente comma soggiace anche chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno posto in essere in violazione di norme che stabiliscono sanzioni amministrative, commette, anche in tempi diversi, più violazioni della stessa o di diverse norme di legge in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie».

³⁸ «Le violazioni amministrative successive alla prima non sono valutate, ai fini della reiterazione, quando sono commesse in tempi ravvicinati e riconducibili ad una programmazione unitaria».

En el Reino Unido no existe con carácter general una potestad sancionadora atribuida a la Administración (sin intervención judicial, como «direct enforcement powers»), pero cada vez más se abre camino esta atribución en leyes especiales. Un ejemplo de ello, donde podemos encontrar una regulación del concurso de infracciones, es la materia de mercados digitales, competencia y consumidores y usuarios, en la que ha entrado en vigor recientemente (abril de 2025) la Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024³⁹, en la que se atribuye al regulador CMA la potestad sancionadora en relación con distintas infracciones y se establece el límite máximo de la sanción. No obstante, no existen ni sanciones específicas para infracciones específicas ni por tanto reglas escritas sobre el concurso de infracciones: tan solo existe un límite máximo que la Administración no puede superar. En este sistema, se deja al buen hacer de la Administración sancionadora (por supuesto, sujeto a control judicial), ilustrado en la forma de Guidances⁴⁰, la aplicación en cada caso del principio de proporcionalidad determinación de las consecuencias del concurso de infracciones en su conjunto dependiendo del daño causado y del grado de culpabilidad acreditado.

V. LA DISTINCIÓN ENTRE CONCURSO IDEAL Y CONCURSO REAL DE INFRACCIONES. EL CONCURSO MEDIAL

a) *Concurso ideal*

El estudio del concurso de infracciones administrativas cometidas por un solo responsable tiene por objeto determinar en qué circunstancias el principio de proporcionalidad —como se ha visto— obliga a imponer una sanción inferior a la que correspondería a la suma de todas las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas. Para ello, en nuestro ordenamiento es relevante en ocasiones determinar si el concurso es ideal o real, medial o no.

Hay concurso ideal, con las palabras de Sanz Morán (2024), cuando «una misma acción o hecho cumple diversos tipos penales, sin que la aplicación de uno solo de ellos baste para colmar el desvalor jurídico-penal de la conducta»⁴¹ (lo último responde a la jurisprudencia más arriba comentada). El carácter único de la acción (preferimos referirnos a la acción y no al hecho, dado que lo

³⁹ Disponible aquí: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2024/13/enacted>.

⁴⁰ Por ejemplo, la Direct Consumer Enforcement Guidance CMA:200 disponible en: <https://is.gd/NTrdWX>

⁴¹ A. Sanz Morán (1986), *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Universidad de Valladolid, pág. 143. Véase también A. Sanz Morán (2024), «Hacia una nueva regulación de los concursos de normas y de delitos», en Enrique Peñaranda Ramos y Laura Pozuelo

que se sancionan son conductas voluntarias⁴²) no es, en muchos casos, evidente, pues se refiere no al mundo físico (como dicen Choclán (1995)⁴³ y Bacigalupo, al dar a alguien una paliza causándole distintas heridas se comete un solo delito de lesiones), sino a su descripción en el tipo de la infracción⁴⁴ (que puede referirse a una pluralidad de actos físicos diferentes, englobados todos en un tipo unitario⁴⁵: diversas conductas materiales a lo largo de unos minutos dan lugar a una infracción de conducción temeraria, o tres obras de rectificación de un camino situado en un Parque Natural que conduce a una cantera, realizadas con continuidad en el tiempo, no son tres infracciones sino una sola⁴⁶). De ahí la llamada «unidad típica de acción» (por todos, Bacigalupo). En transporte por carretera, por ejemplo, es una sola infracción la cometida en distintas expediciones en el contexto de los servicios de transporte regular⁴⁷. En ocasiones la cuestión puede ser muy discutida en derecho penal, donde el concurso ideal tiene claras consecuencias⁴⁸.

El ejemplo más común de concurso ideal es el del delito de atentado en concurso con el delito de lesiones⁴⁹: el desvalor jurídico del delito de lesiones no incluye el propio del delito de atentado, ni viceversa.

Pérez (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Derecho Penal español*, Madrid: BOE, págs. 271 a 282.

⁴² Sobre esta polémica, véase Alfonso Ortega Matesanz (2022), *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*, Editorial Reus, 1ª ed., págs. 56 a 69.

⁴³ José Antonio Choclán Montalvo (1995), «Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones», en Ángel Calderón Cerezo (coord.), *Unidad y pluralidad de delitos*, CGPJ, 1995, pág. 353.

⁴⁴ En el mismo sentido, José María Rodríguez Devesa (1981), *Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid, pág. 799.

⁴⁵ Así, en la doctrina penal, Ortega Matesanz (2022), pág. 37: «el criterio al que debemos acudir es al tipo, pues los tipos penales escinden la realidad según criterios valorativos. La infracción, de este modo, será unitaria, aunque sean múltiples los actos físicos en los que puede descomponerse». Véase un desarrollo de la unidad típica de acción, siguiendo a Sanz Morán, en las págs. 43 ss.

⁴⁶ Así lo declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia (Sala 3ª) de 11 de junio de 1988, rec. 6608/1992, RJ 1998/4759, que comenta y comparte Alejandro Nieto (2012) en *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid: Tecnos, 5ª ed., pág. 490.

⁴⁷ Art. 138.3 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

⁴⁸ Véase, por un lado, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de enero de dos mil quince (que considera que hay concurso real si el resultado son varias muertes) y, por otro, J. A. Choclán Montalvo (1995), pág. 352, más partidario del concurso ideal.

⁴⁹ Así, José María Luzón Cuesta (2007), *Compendio de Derecho Penal*, Dykinson, pág. 228.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado el concurso de delitos como una institución común en la tradición jurídica europea⁵⁰, y desde luego no contraria al CEDH.

En derecho penal, el concurso ideal está regulado en el art. 77.1 y 2 del Código Penal, que conducen a la aplicación de la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, siempre que no sea superior a la que represente la suma de las penas que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

En derecho administrativo sancionador, el concurso ideal está regulado exclusivamente en leyes especiales, que por lo demás son numerosas, como, por ejemplo, el art. 31.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁵¹, el art. 62.6 de la Ley 14/2009, de 22 de julio, de Aeropuertos, Helipuertos y otras Infraestructuras Aeroportuarias⁵², el art. 41.5 de la Ley de Carreteras⁵³, el art. 94.2 de la Ley de Costas⁵⁴, el art. 311.2 del

⁵⁰ Véase, por ejemplo, la Sentencia *Grand Chamber Rohlena v. República Checa* (nº 59552/08), de 27 de enero de 2015, apartado 33, donde afirma:

«There appears indeed to be a broad consensus arising out of a long European tradition (see paragraph 30 above) with regard to the following features of a continuous criminal offence, which include both objective (*actus reus*) and subjective (*mens rea*) elements testifying to the legal unity of the acts concerned:

(a) the perpetrator commits a number of identical, similar or different criminal acts against the same legally protected interest (*Rechtsgut*, bien jurídico, bene giuridico); in addition, it is often required that the identity of the perpetrator and of the victim be the same on each occasion;

(b) there is at least a similarity in the manner of execution of the individual acts (*modus operandi*), or there are other material circumstances connecting them which constitute a whole (*actus reus*);

(c) there is a temporal connection between the different individual acts, which is to be assessed in the particular circumstances of each case;

(d) there is the same, repeated criminal intent or purpose (*mens rea*) for all the individual acts, although they do not all have to be planned *ab initio*;

(e) the individual acts comprise, either explicitly or implicitly, the constituent elements of the criminal offence(s)».

⁵¹ Que dispone que «en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones (...) la conducta será sancionada por aquella infracción que aplique una mayor sanción», en lugar de acumularse las dos o más sanciones que en otro caso corresponderían.

⁵² «En el caso de que un mismo hecho u omisión comporte dos o más infracciones, únicamente se sanciona la más grave de las infracciones cometidas».

⁵³ «Si un mismo hecho fuera constitutivo de dos o más infracciones, se tomará en consideración únicamente aquélla que comporte la mayor sanción», Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras.

⁵⁴ «En el caso de que un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte mayor sanción». Art. 94.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Adviértase que el presupuesto de hecho es que haya varias infracciones, por tanto, excluyendo el concurso de normas.

texto refundido de la Ley de Puertos⁵⁵, el art. 36.2 de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental⁵⁶, el art. 114.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular⁵⁷, el art. 70.3 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas⁵⁸, o el art. 20.4 de la Ley 26/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo y la Publicidad de los Productos del Tabaco⁵⁹, entre otros. Todas ellas⁶⁰ se refieren a la existencia de varias infracciones (en rigor, ello excluye el concurso de normas, pues si lo hubiera existiría una sola infracción) y aplican la «teoría de la consunción», lo que conduce a la aplicación de una sola sanción, la correspondiente a la infracción más grave. No hay exigencia alguna de que se aplique esta sanción en su mitad superior, a diferencia del derecho penal.

De lege ferenda, convendría incluir en la Ley 40/2015 una regulación del concurso ideal de infracciones administrativas en línea con lo que disponen las leyes especiales anteriormente citadas, que evitara su reiteración y se aplicara con carácter general. Quizás podría precisarse en ella que la determinación de la cuantía de la única sanción, sin superar el máximo permitido para esta, debería tener en cuenta la totalidad de las circunstancias concurrentes, y que el desvalor jurídico castigado en ambas infracciones (aquella parte en la que se solape la antijuri-

Esta regla está cualificada por la siguiente, incluida en el mismo precepto: «No obstante, los titulares de concesiones otorgadas con arreglo a la presente Ley podrán ser siempre sancionados por las infracciones que en ella se establecen, con independencia de otras responsabilidades que, en su caso, sean exigibles».

⁵⁵ «Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte la mayor sanción. No obstante, los titulares de concesiones otorgadas con arreglo a la presente ley podrán ser siempre sancionados por las infracciones que en ella se establecen, con independencia de otras responsabilidades que, en su caso, sean exigibles». Art. 311.2 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

⁵⁶ «Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte mayor sanción».

⁵⁷ «Cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones con arreglo a esta ley, y a otras leyes que fueran de aplicación, se impondrá al sujeto infractor la sanción de mayor gravedad».

⁵⁸ «La comisión de cualquiera de las infracciones señaladas en esta Ley deducida de un solo hecho, únicamente podrá dar lugar a la imposición de una única sanción al auditor firmante del informe de auditoría en nombre de una sociedad de auditoría, y una única sanción a la sociedad de auditoría en cuyo nombre se haya firmado el informe».

⁵⁹ «Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en esta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte la mayor sanción».

⁶⁰ La referencia es menos clara cuando el legislador usa la fórmula «las acciones u omisiones tipificadas en la presente Ley que lo estén también en otras, se calificarán con arreglo a la que comporte mayor sanción» (art. 34.5 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria), que cubre tanto casos de concurso de normas como de concurso ideal de infracciones.

dicidad castigada en ambas) no deberá ser tenido en cuenta para agravar la única sanción impuesta (véase más abajo un estudio específico de la cuestión).

El concurso ideal también está regulado en el art. 83.3 del Reglamento General de Protección de Datos⁶¹, que no se refiere solo a él, pero lo incluye, y en mi opinión es enteramente compatible con la aplicación del art. 29 de la Ley 40/2015, pues este precepto cumple con el principio de proporcionalidad exigido por los arts. 83.1 y 3 RGPD. Adviértase que el precepto comunitario citado (art. 83.3 RGPD) asimila al concurso ideal el supuesto en que el mismo responsable o encargado del tratamiento hubiera cometido varias infracciones en «operaciones vinculadas», lo que ya no es concurso medial sino real: sobre ello volveremos más adelante.

Cualquier regulación del concurso ideal presenta algunos problemas en la práctica: por un lado, no siempre las sanciones son homogéneas (en derecho alemán, como hemos visto, se soluciona este problema sumando todas las sanciones no pecuniarias), y por otro no siempre es el mismo órgano el que conoce de ambas infracciones (en tal caso, el órgano que imponga la segunda sanción es quien ha de aplicar la regla que en su caso exista sobre concurso ideal)⁶².

Como advierte Nieto (2012)⁶³, en la regulación del concurso ideal una posible alternativa a la «teoría de la consunción» antes expuesta es la «teoría de la exasperación», consistente en la imposición de una sanción más alta que la que correspondería a la infracción más grave cometida. Esta es —como se ha visto— la solución adoptada en el derecho italiano en la Ley⁶⁴ de 24 de noviembre de 1981, número 689, de aplicación general en el ámbito administrativo sancionador (art. 8, primer párrafo)⁶⁵. Pero resulta ajena a nuestro ordenamiento.

⁶¹ W. Kotsky (2020), «General conditions for imposing administrative fines», en Christopher Kuner *et al.* (coord.), *The EU General Data Protection Regulation (RGPD)*, Oxford: Oxford University Press, pág. 1189.

Es el art. 83.3 del Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016, con arreglo al cual «si un responsable o un encargado del tratamiento incumpliera de forma intencionada o negligente, para las mismas operaciones de tratamiento u operaciones vinculadas, diversas disposiciones del presente Reglamento, la cuantía total de la multa administrativa no será superior a la cuantía prevista para las infracciones más graves».

⁶² Como acertadamente expone Remedios Gómez Padilla en (2006), «Concurso de normas y de infracciones en el Derecho Administrativo Sancionador», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 41, pág. 145.

⁶³ Alejandro Nieto García (2012), *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid: Tecnos, 5ª ed., pág. 483.

⁶⁴ Legge 24 novembre 1981, n. 689, modifiché al sistema penale, disponible en <https://www.normattiva.it/>.

⁶⁵ «Salvo che sia diversamente stabilito dalla legge, chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo».

No considero correcta la aplicación subsidiaria que el Tribunal Supremo ha hecho en alguna ocasión muy antigua (hechos anteriores a la Ley 30/1992) del art. 77 del Código Penal en algún caso de concurso ideal⁶⁶, criterio reiterado en una Sentencia de 2013⁶⁷: a falta de la deseable regulación en sede administrativa, a mi juicio lo que procede es aplicar el principio de proporcionalidad, no el Código Penal (contra, Pérez Martínez (2005)⁶⁸, que propugna aplicar con carácter supletorio el artículo 77 del Código Penal).

b) *Concurso real*

En cambio, hay concurso real cuando el sujeto responsable realiza distintas acciones, cada una de ellas constitutiva de una infracción diferente de idéntica o distinta naturaleza. La doctrina penal considera concurso ideal, y no real, el supuesto en que hay intersección parcial entre las acciones constitutivas de ambas infracciones, de modo que en parte son las mismas, y en parte distintas⁶⁹. No hay razón alguna para adoptar un criterio diferente en derecho administrativo sancionador, en el que ni siquiera existe una regulación general del concurso ideal.

El régimen general del concurso real, como establece el art. 17.1 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2023, de 16 de marzo, de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, es el de la acumulación: se impondrán tantas sanciones como infracciones se hayan cometido, sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente.

c) *Concurso medial*

El concurso medial es un concepto nacido en el derecho penal, consagrado en el art. 77.1 (segundo inciso) del Código Penal, que consiste en el supuesto en que uno de los «hechos» «constituya un medio necesario para cometer el otro». Un ejemplo típico es la falsificación de un documento oficial para cometer estafa

⁶⁶ Es la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1999, Sala 3ª, rec. 5855/1993, RJ 1999/6394, FJ 4º, relativa al trabajo de setenta menores en una planta en condiciones insalubres e ilegales. Hay alguna otra sentencia más antigua, como las de 13 de junio de 1986 (Ar. 3607) y 28 de febrero de 1983 (Ar. 316), citadas ambas por Nieto (*ibidem*, pág. 484), así como la de 28 de julio de 1983. También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 24 de abril de 2002 (JUR 2002/197425), en un supuesto de concurso ideal causado por la entrada ilegal en un coto de caza.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Pleno) de 30 de abril de 2013, rec. 884/2011, FJ 12º.

⁶⁸ Diego Pérez Martínez (2005), «El principio de proporcionalidad», en Joaquín De Fuentes Bardají (dir.), *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Ministerio de Justicia, págs. 263 y 264.

⁶⁹ Véase, con cita de J. Antón Oneca y de A. Sanz Morán, Ortega Matesanz (2022), pág. 87.

(Muñoz Conde y García Arán, 2004)⁷⁰. Como resulta del art. 77.3 del Código Penal, el concurso medial resulta en la imposición de una pena más leve que la que concurriría en caso de simple concurso real de delitos (no se acumulan las penas, sino que se impone la pena superior a la que habría correspondido a la infracción más grave, siempre que ello determine una pena inferior). Si existe a la vez concurso ideal y concurso medial, en derecho penal habrá que aplicar el régimen del concurso ideal, por ser más beneficioso (se aplica en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, art. 77.2 Código Penal).

Se exige para el concurso medial una «relación de necesidad»⁷¹ que no ha de concurrir en abstracto ni de forma absoluta, sino en las circunstancias del caso (la falsedad resultó en el caso concreto necesaria para la estafa). En el derecho penal, no basta con una conexión meramente subjetiva (en la mente del infractor) entre la infracción medial y la infracción final, sino que es necesaria una conexión de índole objetiva (Sentencia del Tribunal Supremo 522/1996, de 19 de septiembre). Con palabras de Ortega Matesanz (2022), «una de las acciones deberá aparecer como instrumento idóneo para la comisión exitosa de la otra infracción», de forma que «el segundo de los delitos no se habría producido de no haber realizado el responsable la infracción o infracciones precedentes»⁷². En el extremo opuesto, como se ha dicho, para que haya concurso medial no se exige que un delito «sea imprescindible, como necesidad absoluta», en cualesquiera circunstancias, para cometer el otro (lo que en realidad daría lugar al concurso de normas): basta con que exista una relación medial objetiva y adecuada en las circunstancias dadas. Sanz Morán (1986) —que sigue a Antón Oneca— defiende que la necesidad «debe determinarse en relación con el caso concreto, en referencia a la particular situación fáctica»⁷³, y el Tribunal Supremo (Sala 2ª) ha confirmado que la relación (medio necesario) entre los dos delitos se ha de apreciar no en abstracto «sino teniendo muy en cuenta la configuración concreta de los hechos»⁷⁴. Lo que siempre se exigirá es que el desvalor de la infracción medial no esté completamente incluido en el desvalor de la infracción final (pues si lo estuviera habría concurso de normas y no de infracciones).

En la doctrina penal, a la luz del art. 77.1 CP⁷⁵, que contrapone concurso ideal y concurso medial y da mejor tratamiento al primero, se considera tradi-

⁷⁰ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán (2004), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, pág. 467.

⁷¹ *Ibidem*, pág. 467.

⁷² Ortega Matesanz (2022), *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*, Editorial Reus, 1ª ed., pág. 91.

⁷³ Ángel Sanz Morán (1986), pág. 219.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 20 de mayo de 1964, Ar. 2605.

⁷⁵ En sede penal, la dicción del art. 77.1 *in fine* y del art. 77.3 parece referirse exclusivamente al concurso real, ya que el concurso ideal está contemplado en el art. 77.1 primer inciso

cionalmente que el concurso medial es siempre real: así, Sanz Morán (1986)⁷⁶, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2023)⁷⁷ y Luzón Cuesta (2007)⁷⁸. La cuestión es menos relevante en derecho administrativo Sancionador, donde —salvo excepciones— no existe norma expresa que regule el concurso ideal, pero la solución será normalmente la misma (el concurso medial es en principio real).

Un ejemplo de concurso real medial puede encontrarse en la falsificación de documentos para defraudar a Hacienda mediante la solicitud de devoluciones indebidas o la deducción impropcedente de gastos (es el caso examinado en la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª 1177/2020, de 17 de septiembre de 2020⁷⁹). El Tribunal Supremo, en el FJ 8º de esta Sentencia, lo califica de «concurso ideal medial» porque —razona— «se han cometido dos acciones que dan lugar a dos resultados distintos, siendo una de esas acciones —la primera en el tiempo— el medio para cometer la otra». Pero eso es la definición misma del concurso real medial, por lo que la apreciación del Tribunal Supremo es incorrecta (no obstante, ello es irrelevante para el propósito perseguido en la sentencia, que no es otro que el de explicar que no hay concurso de normas y que pueden sancionarse ambas infracciones).

Otro ejemplo puede ser el de la construcción de una represa ilegal para a continuación hacer una derivación (también ilegal) de aguas⁸⁰.

En derecho administrativo sancionador, el concurso medial está regulado tan solo en algunas (muy pocas) leyes especiales, como, por ejemplo, el art. 31.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁸¹ o el art. 17.2 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2023, de 16 de marzo, de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, con una solución original (imposición de las sanciones menos graves de las establecidas para cada infracción, siempre que el resultado no sea superior al máximo previsto para la infracción más grave cometida). Como en el caso del concurso ideal, su aplicación práctica —y en general cualquier beneficio para el infractor

y en el 77.2. Quizás por eso, la doctrina penal opina mayoritariamente que ha de considerarse siempre concurso real. Pero conceptualmente no sería imposible que la infracción medial y la final se cometieran mediante una sola acción.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2023), pág. 626.

⁷⁸ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1988, ponente, Soto, cuyo criterio comparte José María Luzón Cuesta (2007), *Compendio de Derecho Penal*, Dykinson, pág. 228.

⁷⁹ Rec. 325/2019, RJ 2020/3894.

⁸⁰ Sentencia del TSJ de Extremadura 309/2016, de 15 de septiembre de 2016, rec. 599/2015, JUR 2016/241545. En este caso, el Tribunal aplica el art. 4.4 del derogado Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (similar al vigente art. 29.5 de la Ley 40/2015), pero en realidad no había concurso causal (podría haber embalse sin derivación), sino medial.

⁸¹ «Cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra, la conducta será sancionada por aquella infracción que aplique una mayor sanción».

derivado de la existencia de concurso de infracciones— puede plantear problemas si la sanción medial y la final son enjuiciadas en distintos procedimientos⁸², siendo a mi juicio su aplicación principalmente a cargo del órgano que impone la segunda sanción.

De lege ferenda, resultaría deseable aprobar una regulación propia en derecho administrativo sancionador del concurso medial que permita imponer una sola sanción cuando una infracción es «medio necesario» para cometer otra, pues la tesis de Nieto de que «parece indiscutible» la posibilidad de aplicar subsidiariamente el art. 77 del Código Penal «mientras no se imagina en este ámbito una fórmula mejor»⁸³ no resulta convincente⁸⁴, aunque existan algunos ejemplos de ello en la jurisprudencia. Y la tesis de González-Varas⁸⁵ de que en todo concurso medial hay que aplicar *de lege lata* solo la sanción más grave no tiene a mi juicio suficiente apoyo normativo, a la luz de lo que más adelante se dirá.

No es óbice a la propuesta anterior la existencia en derecho administrativo sancionador una figura similar (aunque no idéntica) al concurso medial, que veremos a continuación: el concurso causal.

VI. EL SUPUESTO DEL ART. 29.5 DE LA LEY 40/2015: EL CONCURSO CAUSAL

En el ámbito administrativo, el art. 29.5 de la Ley 40/2015, que sigue el precedente del derogado art. 4.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora⁸⁶, traspasa las fronteras conceptuales penales antes expuestas: en efecto, el art. 29.5 de la Ley 40/2015 no solo puede ser aplicado a supuestos

⁸² Este problema ha sido estudiado por Iñaki Lasagabaster Herrarte (2006), «Concurso de infracciones», en I. Lasagabaster Herrarte (coord.), *Ley de la potestad sancionadora. Comentario sistemático*, 2006, págs. 265 a 269.

⁸³ *Ibidem*, pág. 487.

⁸⁴ La acoge, no obstante, D. Pérez Martínez (2005) en «El principio de proporcionalidad», en Joaquín de Fuentes Bardají (dir.), *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Ministerio de Justicia, págs. 263 y 264. Y también Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2023), pág. 629.

En cambio, defiende la no aplicación del art. 77 del Código Penal en cuanto a las consecuencias del concurso medial Manuel Rebollo Puig (2016), «Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015», pág. 463 en Humberto Gosálbez Pequeño (dir.) (2016), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, Temas de Administración Local.

⁸⁵ Santiago González-Varas Ibáñez (2023), *Derecho Administrativo Sancionador*, Aranzadi, pág. 130.

⁸⁶ Aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y derogado por la Ley 39/2015. Decía este precepto: «en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de

de concurso de normas, en los que en rigor hay una sola infracción y no varias, sino que también es de posible aplicación en ciertos casos de concurso de infracciones.

El art. 29.5 de la Ley 40/2015, que establece lo que llamaremos el «concurso causal», se aplica siempre que «de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras»⁸⁷. Se trata de situaciones en las que (en las circunstancias dadas, no en abstracto) una infracción es causa adecuada de la otra (la palabra «necesariamente» ha de ser objeto de interpretación como luego se dirá), con independencia de que la infracción así causada pudiera o no, en abstracto, producirse sin la infracción causante.

Pese a la mejorable dicción literal del precepto (que habla de «infracciones»), no es necesario en todo caso que las infracciones sean siempre múltiples: el supuesto del conflicto de normas (en el que hay una sola infracción que recoge todo el desvalor de la conducta) estaría también incluido en este precepto⁸⁸, si bien el mismo resulta en este caso innecesario, dado el principio constitucional de «*non bis in idem*» y sus consecuencias anteriormente comentadas. La existencia de varias infracciones sería meramente aparente en tal caso: en realidad habría una sola infracción administrativa. La vulneración del art. 6 RGPD (que establece las distintas bases legitimadoras para el tratamiento de datos personales) comporta necesariamente la vulneración de su art. 5 (que exige que el tratamiento se haga de forma lícita y leal), y se trata en realidad de la misma infracción (concurso de normas), aunque la vulneración de ambos artículos esté tipificada en apartados distintos del precepto que establece el tipo. De forma similar, la divulgación de datos personales sin consentimiento no puede calificarse (como ha hecho la AEPD en algún expediente) como una doble infracción, sancionable de forma cumulativa: una, por falta de consentimiento en el tratamiento, y otra, por cesión inconsentida (la cesión es una forma de tratamiento): la Audiencia Nacional⁸⁹

otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida».

⁸⁷ Véase una reiteración del principio, por ejemplo, en el art. 49.2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

⁸⁸ El art. 4.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, de igual sentido que el art. 29.5 citado, se aplicaba por la jurisprudencia en supuestos en los que había en realidad una sola infracción y un concurso de normas: véase el ejemplo antes citado de Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, de 28 de mayo de 2010, rec. 424/2009, JUR 2010/202300, FJ 7º. Por su parte, Lucía Alarcón Sotomayor (2008), en *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, pág. 78, «sin entrar en detalle», apuntaba que «cabe dudar» si el art. 4.4 del Reglamento citado incluía otros supuestos además de los del concurso medial, citando los actos anteriores y posteriores impunes y los actos en progresión criminal.

⁸⁹ Sentencia de 3 de septiembre de 2007, rec. 85/2006, JUR 2007/276044. Véase, en un asunto análogo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de mayo de 2010, rec. 421/2009, JUR/2010/228346.

aplica el art. 4.4 del Reglamento antes citado (similar al vigente art. 29.5 de la Ley 40/2015) para anular una de las dos sanciones, y dice que lo contrario vulneraría el principio «*non bis in idem*», por lo que en realidad hay un conflicto de normas y no de infracciones. Todo ello apunta a que el art. 29.5 de la Ley 40/2015 puede invocarse también (pero no solo) en caso de conflicto de normas⁹⁰.

¿Se exige, aunque no se diga, en el art. 29.5 de la Ley 40/2015 que todo el desvalor de la conducta esté recogido en el tipo infractor más grave? A mi juicio no: el precepto habla de varias infracciones, y si dicho desvalor estuviera íntegramente contenido en la más grave, se aplicaría el concurso de normas y habría una única infracción. En tal caso nunca existirían varias infracciones.

Pero cuando este art. 29.5 de la Ley 40/2015 resulta realmente útil es en los supuestos de concurso de infracciones, sea este ideal o real⁹¹, medial o no medial, pues a todos ellos puede aplicarse el precepto si se cumplen sus requisitos.

No sería correcta la identificación entre la figura del art. 29.5 de la Ley 40/2015, que hemos denominado «concurso causal», y la figura bien conocida en derecho penal del concurso medial (art. 77.1 CP), pese a su frecuente confusión en la doctrina⁹², porque no es preciso que una infracción se cometa como «medio necesario» para cometer la otra para que el art. 29.5 citado se aplique (para que de una infracción «derive necesariamente» la comisión de otra), por mucho que se retuerza y amplíe la interpretación de la expresión «medio necesario». En muchos casos el concurso causal será también concurso medial, pero en otros no⁹³.

En el concurso medial, una infracción es medio necesario para otra: la segunda infracción no puede producirse sin la primera, pero la primera podría en su caso concurrir sin la segunda (cabe el medio sin el fin). En el concurso causal, en cambio, una infracción necesariamente causa otra: de la primera

⁹⁰ En este mismo sentido, expresamente (respecto del derogado art. 4.4 del Reglamento citado), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid) 2106/2010, de 30 de septiembre de 2010, rec. 1118/2005, JUR 2010/413963 (dejar de ingresar la cuota y declarar improcedentemente bases negativas).

⁹¹ Contra, considera que este precepto solo se aplica en caso de concurso ideal y excluye los casos de concurso real Tomás Cano Campos (2018), *Sanciones administrativas*, Francis Lefebvre, pág. 140, par. 2595. No compartimos esta tesis, dado que el art. 29.5 de la Ley 40/2015 no distingue. Muchos casos de aplicación jurisprudencial del precepto son supuestos de concurso real y no ideal. Para el precepto es indiferente que se trate de los mismos hechos o de hechos consecutivos y distintos.

⁹² Puede advertirse por ejemplo en D. Pérez Martínez (2005), pág. 266.

⁹³ La doctrina confunde con frecuencia todas estas figuras: véase un ejemplo en Ana María Burgués Pascual (2022), «Principio de proporcionalidad», en Ana María Burgués Pascual y Pilar García Cruz, *Derecho Administrativo Sancionador*, Atelier, pág. 126. Burgués afirma que el art. 29.5 de la Ley 40/2015 «describe, en sentido estricto, la figura del concurso medial».

deriva necesariamente la segunda, por lo que la primera no puede concurrir sin la segunda (si concurre la causa, concurre el efecto), aunque la segunda también podría en su caso existir sin la primera (puede llegarse a la segunda infracción por otros medios: la primera no es medio necesario para la segunda).

Un ejemplo puede encontrarse en materia de máquinas recreativas. En la regulación sectorial la previa matrícula de la máquina se requiere para el boletín de instalación. La infracción consistente en instalar una máquina sin matrícula no es medio necesario para la infracción consistente en instalarla sin boletín de instalación (no hay concurso medial: una máquina puede tener matrícula pero no boletín de instalación). No obstante, si se instala una máquina sin matrícula de ello se deriva necesariamente que la máquina tampoco tiene boletín de instalación. De la primera infracción «se deriva necesariamente», en las circunstancias del caso, la segunda. Procede aplicar el art. 29.5 de la Ley 40/2015 aunque no haya concurso medial, como acertadamente resolvió el Tribunal⁹⁴ (cuestión distinta en la que ahora no entraremos es si en ese caso había concurso de infracciones o más bien de normas).

En otro ejemplo, en determinadas circunstancias de concurso ideal (una sola acción), la «falta de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» en la «prevención de acciones que puedan poner en riesgo la seguridad ciudadana» (una infracción grave en la Ley Orgánica 4/2015) no será «medio necesario» — hay otros— para que se produzca una «perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos» (otra infracción grave en la misma Ley Orgánica), pero en las circunstancias mencionadas la segunda podría derivarse incluso «necesariamente» de la primera, aplicándose por tanto el art. 29.5 de la Ley 40/2015.

En un caso (concurso medial) se está ante un requisito necesario, pues el efecto no se puede producir sin ese medio en particular, aunque cabe que exista la infracción medial, pero no se llegue a la infracción final: en las circunstancias del caso, sin el documento falso no habría sido posible el fraude fiscal, pero cabe documento falso sin fraude fiscal. En el otro caso, en cambio (concurso causal), se habla de causalidad suficiente (adecuada), en la que en las circunstancias dadas de la causa se deduce («necesariamente») el efecto: de la desobediencia a las órdenes de la policía que protegían la seguridad ciudadana se derivó necesariamente la perturbación de la seguridad ciudadana, aunque la perturbación de la seguridad ciudadana podía haberse producido también por otros medios. En ambos, la necesidad se valora según las circunstancias dadas y no en abstracto, de forma razonable y no apodíctica.

Con otras palabras, en las circunstancias dadas, en el concurso medial una infracción es condición necesaria («medio necesario») pero no tiene por qué ser condición suficiente de la otra; en cambio, en el concurso causal una infracción necesariamente causa otra (de la primera «deriva necesariamente» la segunda), por

⁹⁴ Así lo hace la Sentencia del TSJ de Andalucía (Granada) 1557/2000, de 21 de noviembre de 2000, rec. 1831/1996.

lo que es condición suficiente pero no tiene por qué ser condición necesaria de la otra. Dicho de otra forma, en el concurso medial, en las circunstancias del caso A es medio necesario para B y no hay B (infracción final) sin A (infracción medial), pero en su caso podría haber A (infracción medial) sin B (infracción final); en el concurso causal, en las circunstancias del caso si se produce C (infracción causante) entonces forzosamente se produce D (infracción causada), pero quizás D podría también producirse por causa de E o de F, sin C⁹⁵. La distinción es clara, al menos en teoría. No lo es tanto en el lenguaje utilizado por los tribunales, que con frecuencia mezclan ambos conceptos.

La jurisprudencia contencioso-administrativa en ocasiones mezcla el concurso causal con el medial (que es el concepto usado en sede penal), llamando normalmente «concurso medial» al concurso causal del art. 29.5 de la Ley 40/2015⁹⁶; así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 754/2004, de 13 de mayo⁹⁷, relativa al incumplimiento de un plan de contingencia que dio lugar a un vertido y contaminación en el puerto de Bilbao («tal vertido se produjo por la comunicación entre dos tanques (de lastre y de combustible) que se habría evitado si se hubieran seguido diligentemente las exigencias de los controles correspondientes, esto es, del citado “plan de contingencias”»), se refiere en realidad a un concurso causal (el incumplimiento del plan de contingencias fue la causa de la que «necesariamente» resultó el vertido), y aplica el art. 4.4 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (hoy art. 29.5 de la Ley 40/2015), propio del concurso causal, pese a que llama a esta forma de concurso «concurso medial». El incumplimiento del plan de contingencia no era en realidad un «medio necesario» para realizar un vertido, por mucho que se amplíe el concepto de «necesario»: había otros medios (como, por ejemplo, arrojar directamente el combustible al mar); pero si el incumplimiento del plan de contingencia se produce, en las circunstancias de hecho existentes el efecto será necesariamente el vertido. Por eso es correcta la aplicación del concurso causal que la Sentencia hace, pero es incorrecta su motivación. La Sala no hace lo que dice que hace.

⁹⁵ Se utilizan las letras C y D para el concurso causal porque no siempre la infracción causante (C) coincidirá con la infracción medial (A), podría ser también la infracción final (B). Lo mismo aplica a la infracción causada, lógicamente. Sobre esto se volverá posteriormente.

⁹⁶ Por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 17 de noviembre de 1998, rec. 2/1996, RJ 1998/10436, FJ 4º *in fine*: para aplicar el art. 4.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora hace falta «una necesaria derivación de unas infracciones respecto de las demás y viceversa, por lo que es indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras». Lo llama concurso medial, pero cita el artículo coincidente con el actual art. 29.5 de la Ley 40/2015.

En el mismo sentido cabría citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1999, o la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2012, rec. 105/2011, JUR 2012/132204.

⁹⁷ Rec. 548/2002, RJCA 2004/992.

En casos como estos, en los que concurre una infracción por falta de medidas de precaución para evitar un resultado con otra consistente en la producción negligente (no dolosa) de dicho resultado (relación riesgo-siniestro culposo), será frecuentemente⁹⁸ de aplicación el art. 29.5 de la Ley 40/2015 (la inobservancia de

⁹⁸ Por ejemplo, en una resolución sancionadora la falta de medidas de seguridad para la protección de datos personales relativos a la salud que provoca mediante negligencia la difusión no deseada de estos datos (historiales médicos en un contenedor de basura), supuesto en el que la AEPD entendió de aplicación el concurso que en el texto hemos denominado «causal», criterio confirmado por la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, de 11 de diciembre de 2008, rec. 36/2008, JUR 2009/3136.

La propia AEPD aplica este criterio en el supuesto examinado por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 23 de junio de 2011, rec. 367/2010, JUR 2011/256139, en un supuesto muy parecido al anterior (ficheros de datos sobre la salud que aparecieron en la calle en un contenedor de basuras): concurso entre falta de medidas de seguridad y resultado culposo (difusión de la información). El Tribunal anuló la primera infracción, pero no la segunda, sin pronunciarse en realidad sobre el concurso de infracciones (que desapareció al anularse una).

Otro ejemplo puede encontrarse en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 2012, rec. 346/2011, RJCA 2013/31: falta de medidas de seguridad en la protección de datos personales y ulterior difusión de los datos personales que constituye vulneración culposa del deber de secreto.

Un ejemplo adicional (también en un caso de falta de medidas de seguridad con ulterior difusión de datos médicos de pacientes, con la aplicación del art. 4.4 del derogado Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora) sería la resolución de la AEPD recurrida en el procedimiento resuelto mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2010, rec. 352/2009, JUR 2010/67480, confirmada en casación. Otros ejemplos pueden hallarse en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2011, rec. 45/2010, JUR 2011/58366, y en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2009, rec. 47/2009, JUR 2009/475342.

Otro asunto similar es el resuelto en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de noviembre de 2005, rec. 73/2004, JUR 2006/122198, confirmada en casación, y otro más puede encontrarse en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2010, rec. 471/2009, JUR 2010/367484.

Véase un ejemplo aparentemente contrario en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2007 (Ar. 2007/8482, rec. 5135/2004), FJ 9º, que no aprecia concurso causal de infracciones de un establecimiento de envío de dinero que, por un lado, carecía de procedimientos de control contra el blanqueo, y por otro, tramitó sin comunicar a las autoridades órdenes en las que había indicios de blanqueo.

Dice el Supremo que las dos infracciones tienen sustantividad propia y no guardan relación causal: «una sociedad como la de autos puede tener los procedimientos y órganos adecuados de control interno y, sin embargo, no examinar, no comunicar y ejecutar operaciones sospechosas. Y, viceversa, aunque no haya establecido con carácter general unos procedimientos regulares y sistemáticos de control (que es en realidad el núcleo de la imputación por este título) no por ello deja de estar obligada al examen, comunicación y

aquellas medidas tendentes a evitar un riesgo causará «necesariamente» el resultado, en las circunstancias del caso). Unas veces habrá concurso ideal y además el desvalor jurídico será consumido totalmente por la segunda infracción (la de resultado), produciéndose entonces concurso de normas y una sola infracción, y otras veces no, produciéndose en estas últimas el concurso causal de dos infracciones diferentes (pero normalmente no habrá concurso medial, pues el resultado —el siniestro— podría haberse producido por otro medio).

Otro ejemplo de confusión entre concurso medial y causal en la jurisprudencia puede encontrarse en el caso examinado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2001⁹⁹, que, en un supuesto de adquisición ilegal de datos personales de menores para luego ofrecer a esos menores publicidad de artículos pornográficos, dice que no hay concurso medial (pese a que sin duda lo había), usando el argumento de que no concurre el concurso

abstención de ejecución de las operaciones singulares que sean sospechosas de blanqueo de capitales, incurriendo en responsabilidad si no lo hace».

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre de 2009, rec. 24/2003, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013, rec. 6988/2009. La Sentencia de la Audiencia Nacional dice que «no se está en presencia simplemente de deficiencias en la recepción de documentación identificativa, por parte de la entidad, sino ante un esquema deliberado de ocultación de la identidad de los verdaderos clientes», por lo que no había relación causal con la otra infracción.

En realidad, en estos dos casos no hay una relación de «riesgo-siniestro culposo» entre ambas infracciones, sino dos infracciones sin relación causal entre una y otra (la segunda infracción fue dolosa —con dolo directo o eventual— e independiente por tanto de la primera).

⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de septiembre de 2001 (JUR 2002/9215), relativa a una infracción por cesión no consentida de datos personales de menores a una sociedad (que los compró ilegalmente) la cual, además, se dedicó a ofrecer a los menores material pornográfico, se dice que ambas infracciones son independientes y que no hay concurso medial (se afirma en la sentencia que no hay relación medio-fin, lo cual en realidad no era cierto). No obstante, el precepto que cita y aplica es el art. 4.4 del hoy derogado Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que coincide con el actual art. 29.5 de la Ley 40/2015 (concurso causal). En este sentido, es cierto que de la primera infracción (compra ilegal de datos) no se deduce necesariamente la segunda (uso de esos datos para lesionar derechos de menores), y por tanto la solución es correcta, aunque la motivación no lo sea tanto: en realidad sí que había concurso medial, aunque no causal. La empresa no podía venderles material pornográfico a los menores sin averiguar primero sus datos personales (esto era medio necesario para aquello), pero averiguar los datos personales no causa necesariamente usar esos datos para ofrecer productos pornográficos (no había concurso causal). De forma correcta se considera inaplicable la norma sobre concurso causal, pero se le llama concurso medial (que en realidad sí existía). De nuevo, el Tribunal no hace lo que dice que hace.

Otra sentencia similar a la anterior es la de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 2009, rec. 426/2008, JUR 2009/496350.

causal, porque la compra ilegal de datos personales no es causa necesaria del ofrecimiento de artículos pornográficos (cita el art. 4.4 del derogado Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, igual al art. 29.5 de la Ley 40/2015 que establece el concurso causal). Era medio necesario (no se podía enviar la publicidad si previamente no se tenían los datos), pero no causa necesaria (tener los datos del menor no obligaba a enviarle publicidad pornográfica): había en el caso concurso medial, pero no causal, y por eso se excluye correctamente la aplicación del art. 4.4 citado y se acumulan las dos sanciones. De nuevo esta sentencia no hace lo que dice que hace, pero es correcta en cuanto al fondo.

La explicación de por qué doctrina¹⁰⁰ y jurisprudencia hablan siempre¹⁰¹ de concurso medial, aunque es patente que el supuesto del art. 29.5 de la Ley 40/2015 no se confunde con el concurso medial tal y como este se define en el art. 77.1 *in fine* del Código Penal, quizás se encuentre en la demasiado escueta regulación contenida en el art. 29 de la Ley 40/2015 y en la consiguiente importación precipitada (a mi juicio incorrecta en este caso) de la doctrina y las normas del derecho penal por parte del derecho administrativo sancionador. Denominar «concurso medial» al concurso regulado en el art. 29.5 de la Ley 40/2015, utilizando un concepto importado del derecho penal que tiene distinto contenido, resulta impropio y da lugar a error. La influencia de la doctrina y la jurisprudencia penales ha sido en este caso quizás excesiva.

Ambos concursos (el medial y el causal) pueden producirse a la vez en las circunstancias del caso. Por ejemplo, hay concurso medial pero también causal entre el incumplimiento de la obligación de bloqueo de datos personales y el tratamiento in consentido de estos (al tratar los datos, necesariamente se incumple la obligación de bloqueo y, por otra parte, el incumplimiento de la obligación de bloqueo es medio necesario para tratar los datos)¹⁰². En otro ejemplo, hay concurso medial y causal entre el desmonte ilegal del terreno donde se va a construir una piscina y la construcción ilegal de la propia piscina sobre el terreno así desmontado (al construir la piscina, necesariamente se produce el desmonte, y por

¹⁰⁰ Por ejemplo, «el supuesto contemplado en el art. 29.5 LRJSP es equivalente al del concurso medial de delitos», sostiene Manuel Rebollo Puig (2016), «Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015», pág. 463 en Humberto Gosálbez Pequeño (dir.) (2016), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, Temas de Administración Local.

¹⁰¹ Con la excepción de Lucía Alarcón Sotomayor (2008), *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, p. 78, que «sin entrar en detalle» apunta que «cabe dudar» si el art. 49.5 de la Ley 40/2015 incluye otros supuestos además de los del concurso medial, citando los actos anteriores y posteriores impunes y los actos en progresión criminal.

¹⁰² Es el supuesto examinado en la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 21 de noviembre de 2007, rec. 117/2006, JUR 2008/20250, FJ 5º.

otra parte el desmonte es medio necesario para la construcción de la piscina)¹⁰³. La infracción medial puede ser la causada y la final la causante, o viceversa, ello es irrelevante (el art. 29.5 de la Ley 40/2015 no distingue).

Hay numerosos otros casos de concurso causal en la jurisprudencia¹⁰⁴, así como ejemplos de cuándo no concurre¹⁰⁵.

En caso de concurso causal, como resulta del mencionado artículo 29.5 de la Ley 40/2015, la consecuencia establecida en el precepto es que «se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida». Este precepto se reitera —de forma hoy innecesaria— en algunas leyes especiales, como por ejemplo en el TRLGDCU, en el art. 84.3 de la Ley de las Personas con Discapacidad¹⁰⁶ y en el art. 94.2 de la Ley de Costas¹⁰⁷, que mezcla el concurso medial con el causal (en cambio, no aparece el concurso causal ni el medial en

¹⁰³ La construcción de la piscina requiere el previo desmonte (medio necesario), y si se construye la piscina ello producirá necesariamente el desmonte (causa suficiente). Se trataba en realidad de un concurso medial y causal a la vez, y la Sala, como es lógico (el concurso medial no está regulado), aplica el art. 4.4 del derogado Reglamento de procedimiento, propio del concurso causal: véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de febrero de 2004, rec. 38/2003, JUR 2004/132640.

¹⁰⁴ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2003, rec. 1331/1998, RJ 2003/2715, considera que hay concurso causal entre la infracción consistente en declarar bases tributarias incorrectas y la consistente en ingresar cuotas incorrectas (las resultantes de las bases tributarias presentadas), puesto que «de la comisión de una infracción deriva necesariamente la comisión de otra u otra». Un caso similar se puede encontrar en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid) 2106/2010, de 30 de septiembre de 2010, rec. 1118/2005, JUR 2010/413963 (dejar de ingresar la cuota y declarar improcedentemente bases negativas). En este último caso, la Sala consideró que había en realidad concurso de normas, pero aplicó igualmente el art. 4.4 del derogado Reglamento citado.

¹⁰⁵ Un ejemplo muy citado es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 3ª) de 8 de febrero de 1999, rec. 9/1996, que considera que son infracciones independientes que deben sancionarse cumulativamente las siguientes (realizadas por una persona que gestionaba fondos de inversión en mercados de valores): «simulación de transferencias, la falsedad en la contabilidad, la inversión en activos distintos a los autorizados legalmente, y el peligro a los intereses de los partícipes en los fondos». A mi juicio, es discutible lo relativo a la última infracción: la propia sentencia dice que la inversión en activos distintos a los autorizados legalmente «en sí mismo considerado lleva implícito un peligro para los partícipes»: si este es el motivo por el que se le imputó la última infracción, hay en realidad concurso causal entre las dos últimas infracciones citadas.

¹⁰⁶ Texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social,

¹⁰⁷ «En el caso de que unos hechos fueran constitutivos de una infracción calificable como medio o instrumento para asegurar la comisión de otros hechos, también constitutivos de infracción de modo que estos deriven necesariamente de aquellos, se impondrá la sanción más grave de las dos en su mitad superior». Art. 94.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), así como —en términos similares aunque no idénticos— en el art. 60.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística¹⁰⁸. El art. 29.5 de la Ley 40/2015 se aplica obviamente también en caso de que la ley especial no establezca nada al respecto.

En particular, en materia de consumidores y usuarios cabe destacar el art. 46.6 TRLGDCU, que dispone —para el ámbito que le es propio— que en caso de concurso causal «al calificar la infracción o al fijar la extensión de la sanción, se tengan en cuenta todas las circunstancias».

En el régimen general al menos, en cambio, entre estas «*circunstancias*» no debería estar la comisión de la infracción consumida en el concurso causal, dado que en las circunstancias del caso una infracción produce necesariamente la otra. Solo así se explica que el precepto no incluya la salvedad de que la sanción que se establezca no podrá ser superior a la que corresponda a la suma de las dos infracciones separadas. La sanción que se imponga no podrá ser superior al máximo correspondiente a la infracción de mayor gravedad cometida (para ello haría falta una norma con rango de ley, que no existe), atendidas las circunstancias de la infracción sancionada (que es la de mayor gravedad).

En cambio, el art. 31.2 de la Ley Orgánica 4/2015 no remite a la sanción de la infracción más grave, sino a la sanción más grave, que no es lo mismo¹⁰⁹.

Como en el caso del concurso ideal, esta regla está cualificada por la siguiente excepción, incluida en el mismo precepto: «No obstante, los titulares de concesiones otorgadas con arreglo a la presente Ley podrán ser siempre sancionados por las infracciones que en ella se establecen, con independencia de otras responsabilidades que, en su caso, sean exigibles».

¹⁰⁸ Aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, que en la mayor parte de los casos no será de aplicación por existir legislación autonómica. Dice el ya vetusto precepto: «En el caso de que, en aplicación de los preceptos del presente Reglamento, se instruyera expediente sancionador por dos o más infracciones tipificadas entre las que exista conexión de causa a efecto, se impondrá una sola sanción y será la correspondiente a las actuaciones que supongan el resultado final perseguido, en su cuantía máxima».

Véase una aplicación del precepto algo generosa en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) de 5 de julio de 1999, RJ 1999/6058, rec. 3848/1993, FJ 3º: «[...] al recurrente se le imputa haber incurrido en diversas infracciones de las Normas del Plan General, en cuanto a la dimensión de la parcela mínima edificable, ocupación máxima de la finca, distancia a linderos y distancia a un camino, lo que determina la imposición de una sola sanción en su grado máximo, como establece el art. 60.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística». No se entiende por qué cualquiera de estas infracciones era causa o efecto de las restantes.

¹⁰⁹ Tomás Cano Campos (2018), *Sanciones administrativas*, Francis Lefebvre, pág. 141, par. 2610, sostiene que este ha de considerarse el régimen general. A mi juicio, la distinta redacción del art. 31.2 de la Ley Orgánica 4/2015 y el art. 29.5 de la Ley 40/2015 ha de tener consecuencias.

VII. ESTUDIO ESPECÍFICO DEL DESVALOR JURÍDICO EN EL CONCURSO IDEAL NO CAUSAL DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

A falta de concurso causal, y sin perjuicio de la dispersa regulación en algunos casos (como se ha visto más arriba), el concurso ideal está huérfano de regulación en el derecho administrativo sancionador general español¹¹⁰, lo que «*de lege ferenda*» debería corregirse.

En derecho penal, en cambio, como hemos visto el concurso ideal está regulado en el art. 77.1 y 2 del Código Penal y no tiene como consecuencia la imposición acumulada de todas las penas correspondientes a todos los delitos: por el contrario, el art. 77.2 del Código Penal dispone la aplicación de la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior (salvo que este resultado sea perjudicial para el reo, en cuyo caso se penarán separadamente los dos delitos).

La práctica administrativa con frecuencia resulta en la imposición cumulativa de todas las sanciones correspondientes a todas las infracciones cometidas en concurso ideal, sin reducción alguna. Como hemos visto, en ocasiones el Tribunal Supremo corrige esta práctica, aplicando subsidiariamente (de forma criticable) el Código Penal.

A mi juicio, esta práctica administrativa es errónea al menos cuando la inexistencia del concurso de normas se deba a que una de las dos infracciones no es capaz de recoger toda la antijuridicidad del comportamiento, pero, sin embargo, sí recoge parte de ella. El principio de proporcionalidad impide en mi opinión acumular las dos sanciones sin tener en cuenta que la antijuridicidad castigada por la menos grave (es decir, desde otra perspectiva, el bien jurídico lesionado) está ya parcialmente castigada por la más grave. No cumple con el principio de proporcionalidad imponer una sanción de igual cuantía a quien ha cometido una infracción cuya antijuridicidad no ha sido castigada, ni en todo ni en parte, que a quien ha cometido una infracción cuya antijuridicidad ya ha sido en parte castigada mediante una sanción diferente.

El principio de proporcionalidad consagrado en el art. 29.3 de la Ley 40/2015 se ve vulnerado cuando se impone la misma sanción en situaciones desiguales. Y no hay igualdad en el reproche que merecen dos infracciones idénticas

¹¹⁰ En el derecho comunitario no hay normas generales sobre el concurso ideal no medial: el TJUE y el TGUE han entendido que, en los casos en los que (como, por ejemplo, el derecho de la competencia) no exista una norma sobre concurso de infracciones administrativas, «las normas relativas al concurso de infracciones no prohíben de forma general que una empresa sea sancionada por la infracción de varias disposiciones jurídicas diferentes, aunque tales disposiciones hayan resultado vulneradas por un mismo comportamiento» (Sentencia TGUE de 26 de octubre de 2017, asunto T-704/14, par. 371, confirmada por el TJUE de 4 de marzo de 2020, asunto C-10/18 P).

si la antijuridicidad de una de ellas ya ha sido parcialmente sancionada mediante otra sanción administrativa impuesta por la misma acción del sujeto responsable.

Esta conclusión es por lo demás coherente con la alcanzada por el Tribunal Constitucional¹¹¹ y luego por el Tribunal Supremo en la llamada «tesis del descuento», según la cual la existencia de una sanción administrativa ya impuesta no impide una sanción penal posterior, «siempre y cuando de la pena impuesta se haya descontado la sanción administrativa, de tal forma que la sanción penal resultante sea proporcional a la gravedad del hecho»¹¹². Concurriendo dos infracciones administrativas en lugar de una infracción administrativa y un delito, no hay razón para que la solución sea diferente, si el desvalor castigado en una infracción está ya parcialmente contenido en la otra.

En este sentido cabe citar el art. 18.3 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2023, de 16 de marzo, de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, que permite tener en cuenta otras sanciones anteriormente impuestas por lesión de bienes jurídicos protegidos (o riesgos) que tengan «puntos en común»¹¹³. Si esto es así con las sanciones impuestas anteriormente, también ha de serlo con las que proceda imponer simultáneamente en caso de concurso ideal no causal de infracciones.

También cabe citar dos ejemplos en la Ley General Tributaria en sus arts. 191.5 y 195.3, en el que el concurso ideal se traduce en la imposición de una única sanción (art. 191.5) o en la reducción de la segunda sanción (art. 195). Pero no existe en la LGT un precepto expreso que permita alcanzar esta solución con carácter general (que es la contraria: art. 180.2 LGT)¹¹⁴.

¹¹¹ Sentencias del Tribunal Constitucional 177/1999 y 2/2003, de 16 de enero. Véase sobre ellas José Ignacio Cubero Marcos (2018), «Las aporías del principio *non bis in idem* en el Derecho Administrativo Sancionador», *Revista de Administración Pública*, 207, pág. 260.

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo 833/2004, de 24 de junio. Sobre este tema véase Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez, Eduardo Román Gutiérrez Gullón, Luis Lafont Nicuesa, Enrique Remón Peñalver y Pablo Enrique Rodríguez Pérez (2022), *La Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, paralelismos con el Código Penal*, Ed. Sepin, págs. 62 y 63.

¹¹³ «Cuando, aun no dándose identidad de fundamento, existan puntos en común entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos considerados, de tal manera que la sanción o pena impuesta precedentemente sirva en parte al fin protector de la infracción que se va a sancionar, se tendrá en cuenta la sanción o pena precedente para graduar en sentido atenuante la sanción posterior. Si así lo exige el principio de proporcionalidad, se impondrán sanciones correspondientes a infracciones o categorías de infracciones de menor gravedad, y, excepcionalmente, en supuestos en que la sanción o pena precedente sea especialmente grave, podrá compensarse la sanción posterior, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción».

¹¹⁴ Así, el Tribunal Supremo, en un caso de concurso medial no causal, en su Sentencia 1177/2020, de 17 de septiembre de 2020, ECLI ES:TS:2020:2871, rec. 325/2019. Esta sentencia aplica el art. 180.2 LGT y permite imponer las dos sanciones sin reducir cualquiera de ellas (esto último quizás es la parte más discutible).

Y existe un buen ejemplo del principio que se defiende en este apartado en el art. 38.5 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte: en caso de concurrencia de responsabilidad sancionadora y disciplinaria por unos mismos hechos, se reducirá la multa disciplinaria en la cuantía ya impuesta en el procedimiento sancionador (que a tal efecto se tramitará con anterioridad).

Por consiguiente, en mi opinión, en el concurso ideal, a falta de concurso causal, pese al silencio de la Ley 40/2015 y a la no aplicabilidad ni siquiera con carácter supletorio del art. 77.2 del Código Penal, y en defecto de norma especial, cuando la antijuridicidad castigada por la infracción menos grave está parcialmente recogida por la antijuridicidad castigada por la más grave, el principio de proporcionalidad obliga a reducir la cuantía de la sanción de una de ellas de forma que se limite a castigar exclusivamente la parte de la antijuridicidad del comportamiento que no ha sido ya castigada mediante la sanción impuesta por la otra. El ordenamiento jurídico es único pese a la existencia de leyes especiales dispersas o de preceptos diversos en cada una de ellas. Con cualquier otra conclusión se vulneraría, a mi juicio, el principio de proporcionalidad establecido en el art. 29 de la Ley 40/2015. Y esta conclusión es obligada ya, *de lege lata*.

La doctrina y jurisprudencia penales no se ha visto en la necesidad de alcanzar esta conclusión porque en materia penal existe el art. 77.2 CP que conduce a la imposición de una sola sanción. Y, por su parte, la doctrina y jurisprudencia administrativas —con solo dos excepciones, ambas en la línea de lo aquí defendido, pero extendido a todos los casos de concurso ideal y medial¹¹⁵— no han abordado la cuestión (salvo para dejar constancia de la existencia del precepto vasco). A mi juicio, si existe concurso causal no ha lugar a esta consideración, que es exclusiva del concurso ideal no causal, pues el concurso causal tiene su propio tratamiento (más beneficioso) en la ley.

VIII. EL CONCURSO POR VINCULACIÓN

Hay supuestos en los que existe un verdadero «concurso por vinculación», que en caso de concurso real entre acciones «vinculadas» da lugar a la imposición de una única sanción. Son casos normalmente de concurso real de infracciones (salvo que concurra una infracción continuada con arreglo a lo anteriormente expuesto). Hay dos ejemplos en nuestro ordenamiento.

En primer lugar, el art. 83.3 RGPD antes citado obliga —no solo permite— a imponer una sola sanción cuando se han incumplido diversos artículos del citado Reglamento (cometiéndose distintas infracciones) en opera-

¹¹⁵ T. Cano Campos (2001), pág. 247. Este autor propone también la atenuación de sanciones en caso de concurso ideal o medial. Y, por otro lado, como se ha mencionado anteriormente, Cubero Marcos (2018), pág. 285.

ciones «vinculadas», todas ellas de tratamiento de datos personales, incluso de personas diferentes y en momentos distintos. Que haya una única sanción es lógico teniendo en cuenta que en el Derecho regulatorio digital comunitario (incluido el RGPD) no se tipifican conductas, sino violaciones de preceptos de Reglamentos, que rara vez se producen solas: el que viola el artículo 6 RGPD por carecer de base legitimadora de forma necesaria viola también el 5 por tratamiento ilícito).

En cuanto a la cuantía de esta única sanción, en el art. 83.3 RGPD tan solo se dice que «no será superior a la cuantía prevista para las infracciones más graves», suscitándose la polémica sobre si cabe o procede aplicar las normas nacionales (incluida la LOPDGDD), pero también la Ley 40/2015 o no. A mi juicio, dado que el RGPD no detalla ni la tipificación de las infracciones ni las sanciones que corresponden a cada una de ellas (lo hace solo en parte la Ley Orgánica española), a la hora de determinar el importe de cada sanción en particular el precepto comunitario es plenamente compatible con cualquier regulación nacional que cumpla con el principio de que las sanciones sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias» (art. 83.1 RGPD). El derecho comunitario sancionador en materia de regulación digital es normalmente muy escueto, limitándose a: i) establecer la necesidad de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, ii) mencionar determinadas circunstancias agravantes o atenuantes y iii) exigir que las sanciones puedan llegar hasta un límite máximo cuando proceda —lo cual es lógico, dada la disparidad de sistemas entre los Estados miembros (en algunos de los cuales las sanciones se imponen judicialmente) y iv) en el caso de RGPD, exigir que en caso de concurso por vinculación se imponga una sola sanción—. Pero el derecho comunitario sancionador, limitado a estas cuatro reglas, no debe entenderse como la ausencia de cualquier otro principio nacional aplicable, ni puede constituir una isla en nuestro ordenamiento. Por el contrario, en todo lo que no sea contradictorio, debe integrarse con el resto del derecho sancionador de cada Estado miembro, que es el que, en aplicación del principio de taxatividad, debe establecer las reglas para que se cumplan los principios generales de orden constitucional y legal en materia sancionadora

Por tanto, en todo lo que no sea contradictorio con el art. 83.3 RGPD el derecho español (incluidos el art. 25 CE, la LOPDGDD, los arts. 25 a 31 de la Ley 40/2015 y los arts. relevantes de la Ley 39/2015) es de aplicación, lo que incluye por tanto al art. 29, apdos. 5 y 6, de la Ley 40/2015 cuando proceda. Y el art. 63.2 LOPDGDD, que llama a la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015 en cuanto al procedimiento sancionador, no obsta a la aplicación de la Ley 40/2015 (sustantiva) en lo que no resulte contrario a la propia LOPDGDD.

En este contexto, el régimen jurídico en caso de que alguien «incumpliera de forma intencionada o negligente, para las mismas operaciones de tratamiento u operaciones vinculadas, diversas disposiciones del presente Reglamento» no puede ser la determinación de la cuantía de la sanción sumando las correspondientes a cada precepto infringido del RGPD, lo que muchas veces daría lugar

a *bis in idem*, sino que deberá imponerse la sanción que resulte proporcionada y adecuada: en ocasiones, la correspondiente a una única infracción (cuando haya una relación de consunción¹¹⁶ o en algunos casos una infracción continuada), en otras ocasiones esa misma sanción incrementada, pero sin llegar a la suma de las dos (véase el apartado 7 anterior de este escrito y lo que se dirá sobre las infracciones continuadas), y en otras la sanción cuantificada teniendo en cuenta la circunstancia del número de infracciones cometidas (pero incluso en estos casos «tener en cuenta» todas las infracciones no es tan sencillo como «sumar» sanciones: Kotschy sostiene que el art. 83.3 recoge el «principle of absorption», sin perjuicio de cuantificar la sanción teniendo en cuenta el número de infracciones¹¹⁷; González Espadas¹¹⁸, por su parte, establece el principio contrario con muy numerosas excepciones). Para realizar esta cuantificación no hay obstáculo alguno en aplicar el Derecho español, incluido el artículo 29.5 de la Ley 40/2015 que no solo no es contrario al artículo 83.3 RGPD sino que está expresamente contemplado en la Directriz 4/2022 del CEPD (parágrafo 37) en términos prácticamente literales¹¹⁹. Lo que debe imponerse es la sanción que resulte efectiva, proporcionada y disuasoria, respetando en todo caso el principio de consunción y la «tesis del descuento» cuando sean aplicables.

En segundo lugar, en materia de consumidores y usuarios, el art. 46.8 TRLGDCU dispone que en caso de concurso real de acciones u omisiones «idénticas o similares» realizadas por un mismo sujeto «en relación con una serie de productos o prestaciones del mismo tipo» se sancionarán todas ellas «como única infracción, aunque valorando la totalidad de la conducta». Se evita así el debate sobre si ha existido o no un plan preconcebido o una idéntica ocasión (y por tanto una infracción continuada) o no, creándose un concurso por vinculación, esta vez no de las conductas, sino de los productos o prestaciones a los que se refieren aquellas. Y la consecuencia es en esta ocasión la de valorar la totalidad de la conducta, por disponer así la norma.

Este principio no se ha generalizado.

¹¹⁶ Lo que reconoce expresamente el CEPD en su Directriz 4/2022, parágrafo 37, página 16.

¹¹⁷ En este sentido W. Kotsky (2020), “General conditions for imposing administrative fines”, en Ch. Kuner y otros (Coord.), The EU General Data Protection Regulation (RGPD), Oxford University Press, p. 1189.

¹¹⁸ González Espadas, F.J.(2021), «Condiciones generales para la imposición de multas administrativas y sanciones y medidas correctivas (Comentario al art. 83 RGPD y al artículo 76 LOPDGDD)», en A. Troncoso Reigada (2021), Comentario al RGPD, Thomson Reuters, pp. 3269 y 3270.

¹¹⁹ «El principio de consunción se aplica en los casos en que la infracción de una disposición habitualmente da lugar a la infracción de otra, a menudo porque una infracción constituye el paso previo a la otra».

IX. REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LAS INFRACCIONES CONTINUADAS (Y LAS INFRACCIONES CON MÚLTIPLES PERJUDICADOS) Y AL DE LAS INFRACCIONES PERMANENTES

a) *Las infracciones continuadas. En especial, las infracciones con múltiples perjudicados*

El concepto de delito continuado procede del derecho penal. Rodríguez Devesa define el delito continuado como «varios actos, cada uno de los cuales, estimado aisladamente, reúne todas las características de un delito consumado o intentado, pero que se califican globalmente como si constituyeran un solo delito»¹²⁰, requiriéndose para ello homogeneidad en las infracciones cometidas. Rodríguez Devesa advertía de la distinción entre el delito continuado y la ejecución fraccionada de un delito (una sola acción a los efectos jurídicos, aunque se despliegue en muchos actos materiales). Un ejemplo del delito continuado sería el del ladrón que tras penetrar en una casa hurta un objeto tras otro hasta salir de la misma: de no ser por el art. 74.1 CP, habría realizado tantos hurtos como objetos ha sustraído.

La doctrina penal moderna no considera los delitos continuados como un supuesto de concurso real, sino como un supuesto de comisión de un único hecho delictivo «pese a la aparente presencia de varias acciones naturales»¹²¹. Ello es fruto de lo dispuesto en el art. 74.1 CP, pues en ausencia del mismo existirían tantos delitos como acciones. No obstante, cuando no concorra delito continuado podrá haber un concurso real de infracciones (que es la solución alternativa).

El Tribunal Constitucional considera propio de la legalidad ordinaria la cuestión de si los hechos constituyen o no un delito continuado (STC 126/2011, de 18 de julio, rec. 6988/2004, FJ 17).

La infracción administrativa continuada está regulada en el art. 29.6 de la Ley 40/2015, que sigue al derogado art. 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora¹²². El art. 29.6 citado dispone que «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». No se exige identidad de sujetos perjudicados (incluyendo por tanto el concepto

¹²⁰ José María Rodríguez Devesa (1981), *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, pág. 810.

¹²¹ Ortega Matesanz (2022), *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*, Editorial Reus, 1ª Ed., p. 87.

¹²² Aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y derogado por la Ley 39/2015. Decía este precepto: «Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejante preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión».

tradicional de delito masa)¹²³. En similares términos se expresa el art. 17.2 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2023, de 16 de marzo, de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas (con una solución original, antes comentada en sede de concurso medial).

Hay por tanto una única infracción, por disponerlo así el legislador, y no un concurso de infracciones. Por eso, queda en rigor fuera del ámbito de este estudio.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, estudiada por Rebollo Puig (2009)¹²⁴ y por Gómez Padilla (2006)¹²⁵, requiere para su aplicación, según esta autora, proximidad temporal y espacial, un dolo específico o continuado (idéntica ocasión, plan preconcebido), e identidad u homogeneidad de bienes jurídicos lesionados (el precepto vulnerado no ha de ser necesariamente el mismo, pero sí al menos semejante). La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2004 (rec. 6573/2001) exige tres requisitos: i) «la ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación semejantes», ii) «la actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan preconcebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente», y iii) «la unidad del precepto legal vulnerado, de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza».

Por ejemplo, se ha entendido que hay infracción continuada en una sucesión de infracciones similares de las normas sobre juego, en distintos lugares y fechas y con distintos perjudicados, pero con similar forma de ejecución y obedeciendo a un plan preconcebido¹²⁶.

Existe alguna norma especial que excluye la infracción continuada en determinados supuestos (por ejemplo, en el ámbito del transporte terrestre, tratándose de distintas expediciones de transporte)¹²⁷.

El art. 29.6 de la Ley 40/2015 define la infracción continuada pero no establece su régimen jurídico, lo que constituye un caso de mala técnica jurídica. ¿Se aplica una sanción que puede ser más grave conforme al criterio del art. 74 CP, o se aplica la sanción correspondiente a la infracción continuada dentro de sus límites

¹²³ Muñoz Conde y García Arán (2004), *ibidem*, págs. 469 y 470.

¹²⁴ Manuel Rebollo Puig *et al.* (2009), *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, págs. 384 a 388.

¹²⁵ Gómez Padilla (2006), «Concurso de normas y de infracciones en el Derecho Administrativo Sancionador», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 41, noviembre, pág. 150.

¹²⁶ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1998 (RJ 1998/8849).

¹²⁷ Art. 138.3 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres: «tendrán la consideración de infracciones independientes aquellas que se cometan en relación con distintas expediciones de transporte, aun cuando los hechos infrinjan los mismos o semejantes preceptos».

normales, aplicando la proporcionalidad dentro de ellos? Lo segundo es a mi juicio lo correcto¹²⁸, pues el Código Penal no es aquí supletorio y además a falta de una disposición similar al art. 74.1 CP (que pide la aplicación de la pena en su mitad superior, o hasta la mitad inferior de la pena superior en grado) en ningún caso puede incrementarse la sanción máxima correspondiente a una infracción administrativa. Eso sí, dentro de los límites normales de la sanción correspondiente a la única infracción que se ha cometido (es una y no muchas), la extensión, repetición y duración de la conducta se pueden tener en cuenta para modular la sanción. Parte de la doctrina defiende la aplicación de la sanción en su mitad superior invocando el art. 74 CP, a mi juicio erróneamente: así, Gómez Padilla (2006)¹²⁹, Pérez Martínez (2005)¹³⁰, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2023)¹³¹ y García Gómez de Mercado (2017)¹³². Entiendo que habrá que aplicar la sanción que corresponda según reglas de proporcionalidad, no necesariamente dentro de la mitad superior de la horquilla (que, por ejemplo, en materia de inteligencia artificial alcanzan cuantías máximas de enorme entidad, probablemente desproporcionadas a la infracción cometida), y siempre sin perjudicar al infractor. A falta de disposición expresa relativa a la sanción que procede imponer en caso de infracción continuada, inaplicar el art. 29.3 de la Ley 40/2015 no estaría justificado.

Una vez sancionada una infracción continuada, no puede imponerse una nueva sanción ante la persistencia de la actuación infractora hasta que la primera resolución sancionadora sea firme (art. 63.3 de la Ley 39/2015).

Un caso especial de infracción continuada es el de la infracción con múltiples perjudicados. Estas infracciones son relativamente frecuentes en sectores económicos regulados, en supuestos de actividades empresariales que afecten a una colectividad normalmente numerosa de perjudicados: condiciones generales de contratación abusivas, prácticas comerciales en plataformas digitales contrarias al DSA, tratamiento masivo de datos de carácter personal de miles de clientes con alguna irregularidad, incumplimientos de la normativa sobre inteligencia artificial que afecta a miles de usuarios, etc.

¹²⁸ Trata la cuestión limitándose a remitirse al art. 74 del Código Penal (lo que a mi juicio es incorrecto, pues el derecho administrativo sancionador tiene una solución propia) Francisco J. González Espadas (2021) en «Condiciones generales para la imposición de multas administrativas y sanciones y medidas correctivas», en Antonio Troncoso Reigada (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Thomson Reuters, págs. 3239 a 3270.

¹²⁹ R. Gómez Padilla (2006), «Concurso de normas y de infracciones en el Derecho Administrativo Sancionador», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 41, pág. 151. Véanse las sentencias citadas en las págs. 152-154.

¹³⁰ Pérez Martínez (2005), pág. 267.

¹³¹ Gómez Tomillo e I. Sanz Rubiales (2023), págs. 631 y s.

¹³² Francisco García Gómez de Mercado (2017), *Sanciones administrativas*, Comares, pág. 185.

En ocasiones el problema ni siquiera se planteará, porque no cabe excluir la posibilidad de que el tipo sancionador esté definido de forma tal que exista una sola infracción con múltiples perjudicados: es el caso, por ejemplo, de las condiciones generales abusivas, que por la forma en que está tipificada la infracción (art. 47.1.j) TRLGDCU) es independiente de que se hayan usado una o más veces (sin perjuicio de la graduación de la sanción teniendo en cuenta el número de perjudicados).

En la mayoría de los casos restantes, la cuestión se solucionará aplicando el art. 29.6 de la Ley 40/2015, y se considerará un supuesto de infracción continuada, puesto que todas las conductas se realizan en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (contra, Gómez Padilla (2006)¹³³). Esta es también la postura de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación con esas mismas conductas cuando tienen relevancia penal, en aplicación del art. 74 CP, con las excepciones que en este precepto se establecen (a diferencia del art. 29.6 de la Ley 40/2015, que no tiene excepciones)¹³⁴.

Por ejemplo, en materia de protección de datos la Agencia Española de Protección de Datos sanciona normalmente el tratamiento de datos sin base legitimadora refiriéndolo a la totalidad de las personas físicas afectadas, en lugar de abrir un expediente sancionador por cada cliente del sancionado (lo que, incluso mediando acumulación, sería extraordinariamente gravoso en cuanto a procedimiento y carga probatoria). Otro tanto sucede habitualmente con las infracciones en materia de consumo o servicios digitales, en las que unas mismas prácticas o unas mismas plataformas digitales se usan para miles de clientes. Y lo mismo sucederá en un futuro próximo con las sanciones en materia de sistemas de inteligencia artificial, cuando existan miles de perjudicados. Abrir un procedimiento sancionador para cada uno, incluso acumulándolos, o probar la existencia de cada una de las miles de infracciones administrativas hipotéticamente cometidas, sería imposible en la práctica.

Las leyes especiales en muchas ocasiones están redactadas de forma tal que apuntan a la existencia de un solo procedimiento sancionador y una sola sanción: así, por ejemplo, el art. 83.2.a) RGPD considera circunstancia agravante

¹³³ Que exige que exista identidad de sujeto pasivo para apreciar la infracción administrativa continuada: Gómez Padilla (2006), pág. 149.

¹³⁴ En el art. 74.3 del Código Penal hay excepciones a la regla del delito continuado que no existen en el art. 29.6 de la Ley 40/2015: «[...] las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo». Ello explica el criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, según el cual en delitos contra la vida o contra la libertad sexual hay en principio tantos delitos como víctimas fueran causadas: véase el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015, relativo a los ataques contra la vida de varias personas, o el Acuerdo de dicho Pleno de 31 de mayo de 2016 en relación con los delitos de trata de seres humanos, ambos comentados por Ortega Matesanz (2022), pág. 85.

«el número de interesados afectados», y el art. 48.3 TRLGDCU define varias circunstancias agravantes ligadas a la existencia de múltiples perjudicados. Si se trata de una circunstancia agravante, entonces es una única infracción (con víctima colectiva) y no un conjunto de infracciones independientes¹³⁵ (por analogía, véase el art. 180.1 LGT).

Por todo lo anterior, aunque a falta de la deseable previsión normativa, la solución solo puede alcanzarse caso por caso, en supuestos de actividades empresariales que afecten a una colectividad de individuos en principio cabe inclinarse —cuando el tipo infractor conduzca a ello o cuando todas las infracciones se hayan cometido en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando una única ocasión, como será lo normal— por la existencia de una única infracción con múltiples perjudicados, en su caso con la aplicación de la agravante que corresponda y en su defecto con la ponderación de esta circunstancia en la cuantificación de la sanción.

En realidad, la regulación administrativa del delito masa (que con carácter general propone Nieto, 2012¹³⁶) podría limitarse a incluir el número de perjudicados entre las agravantes del artículo 29.3 de la Ley 40/2015. Adviértase que la regulación del delito masa en el art. 74.2 del Código Penal se traduce en la imposición de la pena superior en uno o dos grados si el delito contra el patrimonio «revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas»: no es en realidad un supuesto de concurso de delitos, sino de delito unitario con múltiples perjudicados.

b) *Las infracciones permanentes*¹³⁷

En el caso de las infracciones permanentes, lo que no existe es concurso de infracciones¹³⁸. En las infracciones permanentes, que son aquellas en las que —con palabras de Nieto (2012)¹³⁹— «una acción u omisión única crea una situación antijurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el autor cambia su

¹³⁵ Véase un ejemplo en el que el TSJ de Madrid corrige en este sentido a la Administración sancionadora en la Sentencia del TSJM de 19 de octubre de 1998, Ar. 4002.

¹³⁶ Nieto García (2012), pág. 492.

¹³⁷ Sobre su distinción respecto de las infracciones continuadas, véase De Palma del Teso (2001), «Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del plazo de prescripción», *REDA*, 112, págs. 553 a 572.

¹³⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1998 (RJ 1998/8849), con arreglo a la cual la infracción permanente «consiste en una conducta reiterada por una voluntad duradera, en la que no se da situación concursal alguna sino una progresión unitaria con repetición de actos». Es una afirmación *obiter*, porque en el caso particular el Tribunal apreció la existencia de una infracción continuada, que la sentencia distingue de las infracciones permanentes.

¹³⁹ Nieto García (2012), pág. 493.

conducta», como, por ejemplo, la instalación de una valla publicitaria ilegal en una carretera, en realidad no hay más que una acción típica, al menos hasta que se impone la primera sanción y —como dice el vigente art. 63.3 de la Ley 39/2015— «no se podrán iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador [...] en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo». El mantenimiento de la situación antijurídica con posterioridad a la imposición por resolución firme en vía administrativa de la primera sanción constituiría una segunda infracción, en su caso con agravante de reincidencia. Pero tampoco hay en realidad aquí concurso de infracciones, sino sucesión de las mismas en el tiempo.

X. ¿CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA EL CONCURSO DE SANCIONES?

Aunque esto nos lleva más allá del objeto de este trabajo, conviene reflexionar sobre las consecuencias que el principio de proporcionalidad debe tener para el concurso de sanciones¹⁴⁰. Ello podría hacerse en relación con dos cuestiones diferentes.

En primer lugar, quizás una interpretación amplia del art. 29.3 de la Ley 39/2015 que establece el principio de proporcionalidad permita en algunas circunstancias moderar la cuantía de las sanciones impuestas cumulativamente por infracciones similares o idénticas cometidas por un solo infractor allí donde el art. 29.6 de la misma ley (infracciones continuadas) no resulte aplicable, siempre que no se haya producido reincidencia (que es una agravante) y con el límite de que la comisión de las infracciones no resulte en caso alguno más beneficioso que el cumplimiento de las sanciones (como exige el art. 29.2 de la misma ley).

Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en el art. 31.2 de la Ley 40/2015, que dispone que «cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción».

¹⁴⁰ No vamos a estudiar aquí el régimen penitenciario, establecido en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, cuyo art. 42.5 establece un límite para el concurso de sanciones («el máximo de su cumplimiento no podrá exceder nunca del triple del tiempo correspondiente a la más grave») con reminiscencias del derecho penal. En derecho penitenciario, como en el penal, el carácter restrictivo de libertad de las sanciones, unido a la finalidad de reinserción del reo y al carácter limitado del tiempo del reo, imponen soluciones propias.

Pero hay otros supuestos en los que el mismo criterio del art. 31.2 citado, consecuencia del principio consagrado en el art. 29.3 de la Ley 40/2015, podría también aplicarse: si el órgano que ha impuesto la sanción por los mismos hechos es nacional en lugar de comunitario, ¿qué razón hay para aplicar un criterio distinto? No hay una diferencia jurídica a estos efectos entre una sanción administrativa impuesta por la Unión Europea y una impuesta por una comunidad autónoma distinta de aquella en la que se encuentra incardinado el órgano sancionador, por ejemplo en materia de consumidores y usuarios, especialmente si lo que se sancionan son aspectos de la conducta del responsable que no están ligados específicamente a un territorio.

Incluso en el caso de que la sanción anterior haya sido impuesta por un órgano administrativo de una jurisdicción diferente (por ejemplo, Francia), el principio de proporcionalidad podría tener exigencias similares a las consagradas en el art. 31.2 de la Ley 40/2015: si los hechos sancionados son los mismos, cometidos simultáneamente en toda la Unión Europea, y resultan indivisibles por razón del territorio, no será del todo irrelevante para determinar la cuantía de la sanción en España el hecho de que estos mismos hechos hayan sido ya sancionados con anterioridad en otro Estado miembro (dando por supuesto que no hay *bis in idem*, en cuyo caso no cabría imponer una segunda sanción, ni tampoco reincidencia, que sería una circunstancia agravante). Este tipo de situaciones se evitan cuando —como es deseable— existe una legislación coordinada en la UE, por ejemplo, en el art. 56, apdos. 1 y 2, de la DSA¹⁴¹ o en el art. 56.1 del RGPD¹⁴², que atribuyen la competencia bien a la Comisión Europea bien al Estado miembro donde está ubicado el establecimiento principal del responsable de la infracción. Pero, por desgracia, no todos los sectores cuentan con una legislación coordinada en la UE en materia de competencias de control. En algunos casos, como en materia de inteligencia artificial, las reglas de distribución de competencias entre las autoridades de vigilancia del mercado de los distintos Estados miembros son menos claras, aunque el propio art. 99.7.c) del Reglamento de IA parece exigir una minoración de la sanción en casos como el que ahora se analiza¹⁴³. A mi juicio, la sanción debe ser proporcionada valorando todas las circunstancias, incluyendo otras sanciones impuestas por los mismos hechos en la misma o en otras jurisdicciones, siempre que no haya reincidencia. El principio que aquí se propugna está también en consonancia con el art. 46.7 TRLGDCU en materia de consumidores¹⁴⁴.

¹⁴¹ Reglamento de Servicios Digitales («RSD»), Reglamento UE 2022/2065, de 19 de octubre de 2022.

¹⁴² Reglamento General de Protección de Datos («RGPD»), Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016.

¹⁴³ Véanse los arts. 74 y ss. del Reglamento de Inteligencia Artificial («RIA»), Reglamento UE 2024/1689, de 13 de junio de 2024.

¹⁴⁴ «Al imponer las sanciones, se tendrán en cuenta, a efectos de su graduación, las otras sanciones recaídas para que conjuntamente resulten proporcionadas a la gravedad de la conducta del infractor».

Este principio es también inspirador del artículo 60.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones («el importe de las sanciones leves impuestas a un mismo infractor por cada subvención no excederá en su conjunto del importe de la subvención inicialmente concedida»), así como del art. 38.5 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte antes citado.

En definitiva, se trata de aplicar el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes.

En segundo lugar, al menos *de lege ferenda*, la subida de grado de las infracciones (de leve a grave o de grave a muy grave) por haber cometido otra infracción del mismo grado con anterioridad, que en ocasiones establece el legislador, debe eliminarse por contraria al principio de proporcionalidad, especialmente —pero no solo— en el caso de infracciones homogéneas. La cuantía de las sanciones alcanza, en las normas comunitarias más recientes, límites extraordinariamente elevados: hasta el 7% del volumen de negocios mundial total del correspondiente al ejercicio financiero anterior en el Reglamento de IA¹⁴⁵, hasta el 6% en la DSA¹⁴⁶, hasta el 4% en el RGPD, y hasta el 4% del volumen de negocio anual del empresario en España o en los Estados miembros afectados por la infracción en caso de acción coordinada en materia de consumidores y usuarios¹⁴⁷. El número de posibles infracciones se multiplica si la empresa atiende las necesidades de un número elevado de clientes, haciendo que por pura estadística sea inevitable la comisión de algunas infracciones. Si las infracciones son leves con arreglo a su naturaleza, y reciben una multa proporcionada (de pocos miles de euros) no tiene sentido que por existir varias pasen a ser graves, y después muy graves si aparece una más, recibiendo así multas millonarias (de hasta un 7% del volumen de negocios mundial anual) por conductas que de suyo y con arreglo a su tipificación legal no revisten gravedad (infracciones tipificadas como leves). Similar consecuencia se prevé en el Anteproyecto de Ley para el Buen Uso y la Gobernanza de la Inteligencia Artificial, pero también en el art. 113.4 de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios¹⁴⁸, en el art. 109.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del

¹⁴⁵ Art. 99 del Reglamento de Inteligencia Artificial, Reglamento UE 2024/1689, de 13 de junio de 2024.

¹⁴⁶ Art. 52.3 del Reglamento de Servicios Digitales (DSA), Reglamento UE 2022/2065, de 19 de octubre de 2022.

¹⁴⁷ Art. 49.5 del TRLGDCU citado, que se remite al art. 21 del Reglamento UE 2017/2394, de 21 de diciembre de 2017.

¹⁴⁸ Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio: «La comisión de una infracción, precedida de otras dos de grado inmediatamente inferior o igual cometidas y sancionadas en firme en el plazo de un año previo a dicha comisión, incrementará de leve a grave, o de grave a muy grave, dicha infracción».

Sector de Hidrocarburos¹⁴⁹, o en el art. 23.3 de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de Medidas para Mejorar el Funcionamiento de la Cadena Alimentaria. Todos ellos presentan el mismo problema.

El Tribunal Constitucional no ha formulado objeción de índole constitucional a esta fórmula¹⁵⁰.

El derecho comunitario sectorial exige siempre proporcionalidad¹⁵¹, que no se respetaría en tal caso (por lo que sería incluso defendible que esta subida de grado es en algunos casos en los que existe norma comunitaria contraria al derecho comunitario «*de lege lata*», y por tanto es inaplicable disponga lo que disponga el legislador nacional).

A mi juicio, en infracciones homogéneas («de la misma naturaleza»), si hay reincidencia, debe aplicarse la agravante establecida en el art. 29.3.d) de la Ley 40/2015; y si no la hay (por ejemplo, porque no ha transcurrido suficiente tiempo entre una infracción y otra), la consecuencia no puede ser peor para el infractor que si hubiera habido reincidencia, que es lo que sucede si se sube de grado automáticamente la infracción, lo que determina la imposición de una sanción de muchísimo mayor importe. La sanción ha de ser proporcional a la gravedad de la infracción realmente cometida.

XI. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto cabe extraer las siguientes conclusiones, además de la interpretación que se sostiene del art. 29, apdos. 5 y 6 de la Ley 40/2015 y de las normas especiales en la materia:

1. El supuesto del art. 29.5 de la Ley 40/2015, que hemos denominado como «concurso causal», no coincide con ninguno de los conceptos acuñados en el Código Penal (concurso ideal o real, medial o no medial): el derecho administrativo sancionador realiza aquí un desarrollo propio e independiente del penal. Esta figura incluye tanto supuestos de concurso de normas (falso concurso de infracciones) como supuestos que se pueden encuadrar en el concurso ideal o real, medial o no medial. En las circunstancias dadas, en el concurso medial una infracción es condición necesaria («medio necesario») pero no tiene por qué ser condición suficiente de la otra (la segunda no puede

¹⁴⁹ «Igualmente, serán infracciones muy graves las infracciones graves del artículo siguiente cuando durante los tres años anteriores a su comisión hubiera sido impuesta al infractor sanción firme por el mismo tipo de infracción».

¹⁵⁰ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 189/2013, de 4 de diciembre, sobre el art. 32.j) de la Ley del Parlamento Vasco 4/1995, de 10 de noviembre, de espectáculos públicos.

¹⁵¹ A título de ejemplo, en el caso de la DSA, en su art. 52.2; en el del RGPD, en su art. 83.1, y en el del RIA, en su art. 99.1.

producirse sin la primera, pero la primera podría en su caso concurrir sin la segunda); en el concurso causal una infracción necesariamente causa otra, por lo que es condición suficiente, pero no tiene por qué ser necesaria, de la otra (de la primera deriva necesariamente la segunda, aunque la segunda acaso también podría concurrir sin la primera, por medios distintos). En ambos casos, el concepto de necesidad aplicable es relativo a las circunstancias concurrentes: la necesidad se valora de forma razonable y no apodíctica, no en abstracto. En cualquier caso, denominar «concurso medial» al concurso regulado en el art. 29.5 de la Ley 40/2015, utilizando un concepto importado del derecho penal que tiene distinto contenido, resulta impropio y da lugar a error. La influencia de la doctrina y la jurisprudencia penales ha sido en este caso quizás excesiva.

2. «*De lege ferenda*», deberían regularse en la Ley 40/2015 el concurso ideal y el concurso medial, siguiendo las pautas del derecho comunitario sectorial y del derecho comparado y en aplicación del principio de proporcionalidad.
3. En el concurso ideal no causal, cuando una de las dos infracciones no es capaz de recoger toda la antijuridicidad del comportamiento, pero sí recoge parte de ella, el principio de proporcionalidad exige «*de lege lata*» reducir la cuantía de la sanción de una de las dos infracciones. Esta conclusión no solo debería ser aplicable en el País Vasco, donde existe el art. 18.3 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2023, de 16 de marzo, de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, sino con carácter general, aunque apenas hay ejemplos en la jurisprudencia (más bien los hay de lo contrario).
4. Existen supuestos en derecho comunitario y español en los que se aplica un «concurso por vinculación», en el que en caso de concurso real entre acciones «vinculadas» da lugar a la imposición de una única sanción sin que —como en el delito continuado— pueda hablarse de una sola infracción (hay verdadero concurso de infracciones). Se analiza en este trabajo su articulación con el art. 29.5 de la Ley 40/2015 y con el resto del Derecho Administrativo Sancionador español.
5. Cuando un mismo hecho infractor afecta a una pluralidad (indeterminada o no) de sujetos perjudicados, y en particular en caso de actividades empresariales que afecten a una colectividad de individuos, podrá en determinadas circunstancias existir una sola infracción administrativa y no tantas infracciones como sujetos perjudicados, aunque ello dependerá del modo en que esté redactado el tipo de la infracción (que podría abarcar la conducta en su conjunto, incluso mencionando la posible consideración expresa del número de perjudicados como agravante) y de la existencia o no de infracción continuada. La tramitación, incluso acumulada, de tantos procedi-

mientos sancionadores como perjudicados, y la carga probatoria relativa a cada uno de estos, puede resultar inviable en la práctica.

6. En caso de concurso de sanciones, en determinados supuestos deberían tenerse en cuenta las sanciones impuestas por otros órganos para modular el importe de las nuevas sanciones que se pretenden imponer por los mismos hechos, siempre que no se haya producido reincidencia: no solo en el supuesto de sanciones impuestas por órganos de la Unión Europea como prevé el art. 31.2 de la Ley 40/2015, sino también en casos en los que la infracción haya sido simultáneamente y de forma indivisible cometida en varias jurisdicciones, y haya sido ya sancionada en otra (cuando no sea de aplicación el principio *non bis in idem*). El mismo principio sería de aplicación en caso de que los mismos hechos hayan sido ya sancionados en otra Comunidad Autónoma y no concurren los requisitos del mencionado principio «*non bis in idem*» ni tampoco reincidencia. Esta solución la acoge, por ejemplo, el art. 46.7 TRLGDCU, cualquiera que sea el órgano que haya impuesto la sanción previa.
7. *De lege ferenda*, en caso de concurso real no medial de infracciones no continuadas, que produce un concurso de sanciones, la subida de grado de las infracciones (de leve a grave o de grave a muy grave) por haber cometido otra infracción del mismo grado con anterioridad, que en ocasiones establece el legislador, debería eliminarse por contraria al principio de proporcionalidad, aunque no sea inconstitucional. Ello es especialmente claro en caso de infracciones homogéneas: si hay reincidencia, debería simplemente aplicarse la agravante (sin cambio en la gravedad de la infracción), y si no la hay (por ejemplo, porque no ha mediado suficiente tiempo entre una y otra infracción), la consecuencia no debería ser peor para el infractor que la que se produciría en caso de reincidencia. Lo cual es especialmente relevante a la vista de la enorme cuantía de las sanciones contempladas en la reciente normativa comunitaria, pues en esos casos la elevación de grado de la infracción puede comportar una sanción desproporcionadamente alta teniendo en cuenta la entidad de la infracción realmente cometida. El derecho comunitario sectorial exige proporcionalidad en las sanciones, por lo que esta solución podría considerarse ya en parte aplicable «*de lege lata*» pese a lo que disponga el legislador nacional.