

INFORME Y VALORACIÓN DEL PROCESO DE AUDIENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICAS REALIZADO DURANTE LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE DECRETO, DEL CONSELL, SOBRE RÉGIMEN SANCIONADOR Y ACTUACIONES INSPECTORAS EN MATERIA DE JUEGO.

A las 10:00 horas del 2 de diciembre de 2022 se reúnen en el despacho del Sr. Rafael Beneyto Cabanes, director general de Tributos y Juego, junto con este, D. Fco. Javier Ortega Escós, subdirector general de Juego y D^a Amparo Nogués Vicent, jefa de servicio de Normas, Estudios y Procedimientos de Juego, a fin de efectuar la valoración de las aportaciones que se han efectuado en la audiencia e información públicas realizadas para la elaboración del proyecto de Decreto, del Consell, sobre régimen sancionador y actuaciones inspectoras en materia de juego.

1.- Antecedentes

En el procedimiento de elaboración del proyecto de Decreto, del Consell, sobre régimen sancionador y actuaciones inspectoras en materia de juego, ha procedido la apertura de un periodo de audiencia e información públicas.

Para ello, de conformidad con lo que dispone el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, sobre participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos, este centro directivo competente hizo público el texto del proyecto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales pudieran hacerse por otras personas o entidades; pudiéndose, adicionalmente, recabar directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

Para cumplir los mandatos previstos en la norma anteriormente mencionada, se abrió un periodo de audiencia e información públicas, durante quince días hábiles, a través de la página web de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico. El proceso se realizó por medio de la habilitación en el apartado de «normativa en tramitación/proyectos de reglamento», de un apartado específico con el objetivo de facilitar que la ciudadanía pudiera formular las aportaciones, alegaciones, sugerencias u observaciones acerca del texto del proyecto, durante dicho periodo.

El plazo, de quince días hábiles, permaneció abierto desde el 6 de octubre de 2022 al 27 de octubre de 2022, ambos incluidos.

Las aportaciones realizadas por la Asociación de Empresarios de Salones de Juego de la Comunidad Valenciana (ANESAR CV), por la Asociación Valenciana de Operadores de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Valenciana (ASVOMAR), por la Asociación de Empresas Licenciatarias de Apuestas de la Comunidad Valenciana (AEVA), por la Confederación de Empresarios de Hostelería y Turismo de la Comunidad Valenciana (CONHOSTUR), por la Asociación de Empresarios de Máquinas Recreativas de la CV (ANDEMAR CV) y por la Asociación Provincial de Empresas comercializadoras de Máquinas Recreativas y de Azar de Alicante (APROMAR) se presentaron dentro del plazo establecido al efecto, indicado en el párrafo anterior.

También se trasladó dicho proyecto a la Presidencia, Vicepresidencias y Consellerias de la Generalitat, para la emisión de informe, de conformidad con el procedimiento para la elaboración de disposiciones reglamentarias.

2.- Alegaciones propuestas

En el plazo habilitado para consultas, se recibieron las aportaciones siguientes:

1.- Las entidades ANESAR CV, AEVA, CONHOSTUR, ANDEMAR CV y APROMAR presentan sugerencias esencialmente semejantes en su contenido:

Preámbulo.- Consideramos que existe una **hiper-regulación** del Procedimiento Sancionador ya que ya se encuentra regulado en los arts. 60 y siguientes de la Ley 39/2015, por lo que existe redundancia y excesiva minuciosidad en algunos preceptos que ya están desarrollados en la Ley estatal.

En este marco, entendemos que sobrepasa con creces los límites de la finalidad correctora y preventiva del Derecho Administrativo Sancionador, según establece la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de mayo 2020.

Es más no existe ningún Decreto que regule el Régimen Sancionador en cualquier otra Comunidad Autónoma.

En algunos artículos, en cambio, nos hemos encontrado con posibles contradicciones, indicados en color rojo para su mejor identificación, con la Ley de Procedimiento Administrativo, los que pasamos a examinar a continuación.

PRIMERA.- ART. 28: DISPARIDAD DE CRITERIO SOBRE LA RESOLUCIÓN ENTRE EL ÓRGANO SANCIONADOR Y EL ÓRGANO INSTRUCTOR.

Redacción Proyecto:

"El órgano competente para dictar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador podrá alterar el relato de los hechos contenido en la propuesta de resolución, por fundarlo en hechos distintos o por interpretarlos de manera distinta, previa audiencia del expedientado. Con idéntico requisito, también podrá modificar la calificación jurídica de la infracción efectuada en dicha propuesta.

- 1. El órgano competente para dictar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador **podrá imponer**, previa audiencia del expedientado, **una sanción más grave que la considerada en la propuesta de resolución si ello es consecuencia del rechazo de circunstancias modificativas que hubieren sido tenidas en cuenta en ésta.***
- 2. El órgano competente para dictar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador **podrá imponer una sanción distinta de la contemplada en la propuesta aunque la resolución sancionadora asuma los hechos tal como los refirió la instrucción en dicha propuesta y tampoco varíe su calificación jurídica, previa audiencia de la persona expedientada**".*

Justificación Alegación:

Es absolutamente contradictorio con lo dispuesto en el art. 26.3 que establece que: *"Salvo que se produzca audiencia del interesado, específica al respecto, la propuesta de resolución vinculará a la resolución en lo referente a los hechos determinados en el curso del procedimiento"*.

Si en el artículo precedente se establece que la propuesta de resolución vinculará a la resolución, no puede a continuación regularse la imposición de una sanción más grave que la considerada en la propuesta si se rechazan las circunstancias modificativas que hubieran sido tenidas en cuenta antes y menos aún imponer una sanción distinta de la contemplada

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

en la propuesta cuando además está asumiendo los hechos de la propuesta y no varíe su calificación jurídica. Ello es contradictorio con lo dispuesto en el art. 90.2 de la Ley 39/2015.

Supone además un suerte de "reformatio in peius" proscrita por la aplicación de los principios penales al procedimiento administrativo sancionador.

Jurisprudencia aplicable: Sobre la "Reformatio in peius" en apelación penal aplicable al procedimiento administrativo:

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 834/2021 de 29 octubre. RJ 2021\4980:

"Esta forma de proceder resulta contraria la prohibición de reformatio in peius , a las que se refiere esta Sala Casacional en las SSTs 152/2017, de 10 de marzo (RJ 2017, 980) , 216/2019, de 24 de abril (RJ 2019, 1381) y 137/2015, de 25 de febrero (RJ 2015, 702) , así como toda la doctrina constitucional al efecto."

En el mismo sentido, la STC [sic] 216/2019, de 24 abril (RJ 2019, 1381) ha indicado claramente que:

"Además, el Tribunal debe respetar, en todo caso, la prohibición de la reforma peyorativa, en virtud de la cual el órgano "ad quem" no puede exceder los límites en que esté planteado el recurso (STC 17/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 17))".

La Sentencia del TS 327/2003, de 25 de febrero (RJ 2003, 2147) , declara que la "reformatio in peius" se produce cuando la resolución del recurso determina una modificación perjudicial operada en fase de recurso que no es consecuencia de ninguna de las pretensiones deducidas ante el Tribunal a través de ninguno de los recursos admitidos a trámite.

Lo que se repite en la 258/2009, de 16 de marzo (RJ 2009, 4147) , ya señaló que la reformatio in peius está proscrita, legal y constitucionalmente.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos precisa también que:

"tras celebrarse una vista pública en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar ... Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates" (entre otras STEDH de 16 noviembre 2010 (TEDH 2010, 111) , caso García Hernández c. España § 24; 16 diciembre 2008, caso Bazo González c. España § 30).

En similares términos se ha pronunciado la STEDH de 5 de julio de 2011 (JUR 2011, 235648) , caso Moreira c. Portugal, § 29 y 31 -con cita de SSTEDH 19 febrero 1996, caso Botten contra Noruega, § 39- al afirmar que:

*" Siendo un presupuesto configurador del proceso de apelación la existencia de una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación **"no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas"** (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 36).*

La STC 45/2011, de 11 de abril (RTC 2011, 45) , FJ 3, que:

"La presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído."

Por último, reseñar la Sentencia del Tribunal Supremo (S. 2-07-1999):

"El conocimiento de los hechos que configuran la imputación debe proporcionarse al imputado desde el comienzo de la instrucción, para que éste pueda ejercitar su defensa durante la misma, y el conocimiento de los hechos que constituyen la acusación debe trasladarse al acusado desde que se formule por las partes acusadoras, acusación que no puede dirigirse contra personas que no hayan adquirido previamente la condición de imputadas (S.T.C. 186/1990), o referirse a hechos diferentes de los que han sido objeto de contradicción durante la instrucción", y que "Si el Instructor acuerda la conclusión de las diligencias previas y su transformación en procedimiento abreviado, dictando la resolución prevenida en el párrafo 1º del artículo 790 de la L.E. Criminal, lo hace en función de los hechos que han sido objeto de imputación, sobre los que ha girado la instrucción de las diligencias previas y que deben ser conocidos perfectamente por el imputado".

Redacción propuesta:

Suprimir o modificar la redacción del art. 28 dado que existe una completa contradicción entre ambos artículos y vulnera el principio de la "reformatio in peius".

SEGUNDA.- ART. : 30: CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR Y NUEVA INCOACIÓN

Redacción Proyecto:

*"1. Declarada la caducidad del expediente y su archivo, se dictará, **en unidad de acto con la misma**, la incoación de nuevo expediente sancionador, siempre que no hubiesen prescrito las infracciones por los hechos recogidos en las actuaciones y restara un plazo suficiente para su tramitación, entendiéndose por tal, en todo caso, cuando sea superior a dos meses.*

*2. Iniciado el nuevo expediente sancionador, **gozará de prioridad en su tramitación, correspondiendo a la instrucción o secretaría, en su caso, aplicar la mayor diligencia**".*

Justificación Alegación:

Este precepto establece que habiéndose declarado la caducidad procederá la incoación de un nuevo expediente en unidad de acto con la declaración de caducidad y no contento con ello le otorga prioridad absoluta frente a otros procedimientos sancionadores alterando el régimen natural de incoación y tramitación de expedientes administrativos.

Contradice abiertamente lo dispuesto en el art. 71.2 de la Ley 39/2015:

"En el despacho de los asuntos de homogénea naturaleza se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se de orden motivada en contrario, de la que quede constancia. El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria del infractor, y en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo".

Jurisprudencia aplicable:

Las sentencias del TSJ de Murcia en el año 2001 y 2002 ya establecieron que una vez declarada la caducidad por inacción e inactividad de la Administración, siendo motivos ajenos a la voluntad del presunto infractor, por lo que no cabía incoar nuevamente expediente sancionador por los mismos hechos ya enjuiciados y ello aunque no haya prescrito la infracción.

En este sentido, cabe traer a colación la **"DOCTRINA OTEGI"** sentada por el TC admitiendo a trámite el Recurso de Amparo contra la STS de 2020 decretando la repetición del proceso, ya que la Administración no puede disponer de "cuantas oportunidades o

disparos" deseé para incoar expedientes sancionadores que hayan caducado por culpa suya con base en un principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

En cuanto a los plazos, la STS 361/2021 de 15 de marzo y la STS 649/2021 de 6 de junio entienden que **"del plazo de prescripción debe descontarse el plazo de caducidad cuando haya estado paralizado por causa no imputable al administrado"**.

Redacción propuesta:

Suprimir en el apartado primero la expresión "se dictará en unidad de acto" y suprimir el párrafo segundo en cuanto a que "gozará de prioridad en su tramitación, correspondiendo a la instrucción o secretaría, en su caso, aplicar la mayor diligencia":

"1. Declarada la caducidad del expediente y su archivo, se dictará, la incoación de nuevo expediente sancionador, siempre que no hubiesen prescrito las infracciones por los hechos recogidos en las actuaciones y restara un plazo suficiente para su tramitación, entendiéndose por tal, en todo caso, cuando sea superior a dos meses.

2. Iniciado el nuevo expediente sancionador, correspondiendo a la instrucción o secretaría, en su caso, aplicar la mayor diligencia".

TERCERA.- ARTS. 32-34: TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR:

Redacción Proyecto:

Artículo 32. Tramitación simplificada del procedimiento sancionador:

"1. Solamente podrá adoptarse la tramitación simplificada del procedimiento sancionador cuando el órgano competente para iniciarlo considere que, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1/2020, de 11 de junio, de regulación del juego y de prevención de la ludopatía en la Comunitat Valenciana, existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción o infracciones como leves, sin que quepa que las personas interesadas puedan formular oposición expresa.

2. En la tramitación simplificada no procederá la proposición o práctica de pruebas, ni la petición de informes, salvo los que, en su caso, pudieran resultar preceptivos."

Artículo 34. Archivo del procedimiento simplificado:

Redacción Proyecto:

"Si, obrando denuncia, la persona denunciante alegare sobre la calificación de la infracción y la instrucción lo considerare fundado, se dictará, en unidad de acto, el archivo del procedimiento simplificado y el nuevo Acuerdo de Inicio".

Justificación alegación:

Lo dispuesto en los arts. 32 a 34 del proyecto de Decreto supone una **nueva flagrante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva** consagrado en el art. 24 de nuestra Carta Magna, ya que por el hecho de tratarse de una falta leve ya no puede formularse oposición expresa ni presentar ni practicar pruebas ni la petición de informes.

Vulnera flagrantemente lo dispuesto en el art. 77.3 de la Ley 39/2015: **"El instructor del procedimiento solamente podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada"**.

Además hay que recordar que conforme el art. 96.7 de la Ley 39/2015, si se solicita la práctica de la prueba se convierte en un procedimiento ordinario: *"en el caso que el*

procedimiento exigiera la realización de un trámite no previsto en el apartado anterior, deberá ser tramitado de manera ordinaria."

En el art. 34 además se permite que el denunciante que nunca es parte en el procedimiento sancionador salvo que acredite tener un interés directo y legítimo pueda personarse y prácticamente calificar la infracción como más grave incoándose nuevamente en unidad de acto un nuevo expediente como falta grave o muy grave.

Jurisprudencia aplicable:

i) Vulneración del Principio de contradicción que es un principio procesal, como manifestación del derecho de defensa:

El derecho de defensa se conforma con el respeto de las normas y garantías procesales siempre que éstas, a su vez, respondan a la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción (STC 160/2009 de 29 de junio (RTC 2009, 160)).

El Tribunal Supremo en Sentencia 821/2016 de 2 Nov. 2016 (RJ 2016, 5209) , Rec. 733/2016 recuerda la doctrina constitucional (SSTC. 25/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 25) y 62/2009 de 9 de marzo (RTC 2009, 62), entre otras muchas) sobre que *"la indefensión constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales"*.

ii) Sobre la Vulneración de la Tutela judicial efectiva:

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala): Caso WB y Otros contra Prokuratura Krajowa. Sentencia de 16 noviembre 2021. JUR 2022\58648:

" (...)

Como se desprende de reiterada jurisprudencia, el principio de tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, al que se refiere el artículo 19 TUE (RCL 2009, 2299y RCL 2010, 362) , apartado 1, párrafo segundo, constituye un principio general del Derecho de la Unión que emana de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que en la actualidad se reconoce en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2007, 2329) (en lo sucesivo, «Carta») [sentencia de 2 de marzo de 2021, A. B. y otros (Nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo — Recursos), C-824/18, EU:C:2021:153, apartado 110 y jurisprudencia citada].

(...)

Todo Estado miembro debe garantizar concretamente, en virtud del artículo 19 TUE (RCL 2009, 2299y RCL 2010, 362) , apartado 1, párrafo segundo, que aquellos órganos que, en calidad de «órganos jurisdiccionales» —en el sentido definido por el ordenamiento jurídico de la Unión—, formen parte de su sistema de vías de recurso en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, y que por lo tanto puedan tener que resolver, en tal calidad, sobre la aplicación o la interpretación del Derecho de la Unión, cumplan las exigencias de la tutela judicial efectiva [sentencia de 6 de octubre de 2021, W.Ž. (Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos del Tribunal Supremo — Nombramiento), C-487/19, EU:C:2021:798, apartado 104 y jurisprudencia citada]".

iii) Derecho a proposición de prueba:

Es un derecho que, como todos los demás, tiene límites. No obstante, nos remitimos a lo ya expuesto respecto a que el derecho de prueba es una manifestación del derecho de contradicción de la tesis sancionadora y no permitirlo en absoluto supone una vulneración del derecho de defensa:

Juzgado Central de Instrucción nº 002 Madrid, Auto de 15 de septiembre de 2017:

"UNICO.- El art. 24, apartado 2º de la Constitución Española establece el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

Ello no excluye que el Magistrado Instructor pueda dictar resoluciones denegatorias de solicitudes de prueba, cuando las mismas resulten impertinentes o innecesarias. El derecho a la prueba según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional debe enmarcarse dentro de la legalidad, por lo que el rechazo de la misma o su inadmisión debe justificarse de forma razonable.

El Tribunal Constitucional reconoce que la admisión de los medios de prueba corresponde en todo caso a los Tribunales Ordinarios, quienes deberán pronunciarse sobre su pertinencia (STC 52/1989, DE 22-2), declarando que el derecho al empleo de los medios de prueba pertinentes no configura un derecho constitucional absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ni desapodera al Juez de su derecho a enjuiciar la pertinencia para la solución del asunto de las pruebas que se solicitan y a ordenar la forma en que deban ser practicadas (STC 22/1990, de 15-febrero).

(...)

Conforme señala el TS 2ª, S 02-12-1997, el derecho a utilizar los medios de prueba para la propia defensa no debe llevar, desde la vertiente judicial decisoria, a una admisión indiscriminada de cuantas pruebas se propongan por las partes. En ningún momento queda mermada la competencia de los órganos jurisdiccionales para apreciar la pertinencia de las pruebas en relación con el tema decidendi, discerniendo sobre la conveniencia de practicar las que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos contradictoriamente enfrentados y marginando aquellas otras ajenas de modo patente -y, por ello, inútiles a los fines perseguidos- al propósito de clarificación y refrendo de las tesis fácticas sustentadas. Confluyen aquí dos principios con adecuado eco constitucional, el derecho a la utilización de los medios de prueba y el relativo a la proscripción de las dilaciones indebidas –artículo 24.2 de la CE -. Nuestra Constitución no ha recogido el derecho a la utilización de medios probatorios de manera absoluta, si bien adiciona aquella expresión con la mención "pertinentes para su defensa ". De ahí que sólo cuando la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa podrá entenderse el supuesto cubierto por la garantía constitucional. No debiendo admitirse aquellas otras pruebas en nada influenciantes en la decisión del signo de la resolución en ciernes (Cfr. Sentencias de 7 de diciembre de 1983, 20 de febrero de 1986, 15 de marzo de 1990, 30 de octubre de 1991, 12 y 25 de febrero de 1993 y 24 de enero de 1994). Sobre la idea de "pertinencia" se sobrepone, en último término, la de "necesidad", entendida la primera en sentido material, como relación que guardan las pruebas con el tema objeto del proceso, juicio de oportunidad o adecuación, en tanto que la "necesidad" se liga a lo indispensable o forzoso, de tal forma que deviene obligada la realización de determinada prueba a fin de evitar que pueda causarse indefensión".

En el mismo sentido la Sentencia núm. 927/2021 de 25 noviembre. RJ 2021\5277 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª).

iv) Respecto a la permisibilidad al denunciante de ser parte en el proceso y alegar sobre la calificación jurídica de los hechos en el art. 34:

Sentencia Audiencia Provincial Valencia nº 301/21(Rec. Apelación nº 109/2020 de 8 de junio de 2021):

"Este Tribunal siguiendo la reiterada doctrina del TS ha negado tal legitimación, y ello por las razones siguientes: El art. 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece respecto a la legitimación ordinaria de los particulares que estarán legitimados "...Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo...", el concepto de interés legítimo la Sala lo ha entendido en sentido amplio y extendido a vecindarios que directa o indirectamente se puedan ver afectados por la existencia de una actividad como es la discoteca, pub, bar con ambiente musical etc, ahora bien, ese sentido amplio no es sinónimo de acción pública a que hace referencia el art. 19.1.h) o art. 19.3 de la Ley 29/1998. El denunciante no tiene legitimación para recurrir en un procedimiento administrativo sancionador. Efectivamente el art. 11.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, establece con toda claridad que los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio...y, si bien en la letra b) habla de la denuncia, se hace no como forma de iniciación de un procedimiento sancionador sino como una forma de tomar la Administración conocimiento de unos hechos que pudiesen ser constitutivos de una infracción, por ello, en el art. 11.2 del Real Decreto examinado señala: "...La formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento. Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación...", es decir, el precepto establece con claridad que el hecho de presentar una denuncia no vincula a la Administración y, por otra parte, el denunciante sólo tiene derecho a que se le comunique la iniciación o no de procedimiento sancionador.

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

Además, la cuestión de la legitimación tiene un carácter casuístico, lo que no permite una respuesta indiferenciada para todos los casos, siendo preciso examinar en cada uno de ellos el concreto interés legítimo que justifique la legitimación, incumbiendo su alegación y prueba a quien se lo arroge (SS. 21-11-2005, 30-11-2005), señalando la sentencia de 3 de noviembre de 2005 que: "el Tribunal Supremo, entre otras muchas (STS de 30 de enero de 2001) ha venido a expresar que, partiendo de que la respuesta a la cuestión de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, la Sala entiende que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte que se lo arroga, siendo la clave para determinar si existe o no ese interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución... el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como pueda darse la contestación adecuada a tal cuestión, no siéndolo la de que la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés".

No obstante, la jurisprudencia identifica en tales sentencias el alcance de ese interés legítimo del denunciante, considerando como tal en la sentencia que acabamos de referir el reconocimiento de daños o derecho a indemnizaciones y entendiendo que no tiene tal consideración la alegación de que "la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés" (S. 3-11-2005 antes reproducida), o como dice la sentencia de 23 de mayo de 2003 "no siéndolo la de que la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés, lo que constituiría una petición de principio", señalando la de 26 de noviembre de 2002 que: "el denunciante ni es titular de un derecho subjetivo a obtener una sanción contra los denunciados, ni puede reconocérselo un interés legítimo a que prospere su denuncia, derecho e interés que son los presupuestos que configuran la legitimación, a tenor del artículo 24,1 de la Constitución y del art. 31 de la Ley 30/92 , sin que valgan como sostenedores de ese interés los argumentos referidos a que se corrijan las irregularidades, o a que en el futuro no se produzcan, o a la satisfacción moral que comportaría la sanción, o la averiguación de los hechos, para el denunciante,...".

En parecidos términos, se expresa la sentencia del mismo Alto Tribunal de fecha 25 de noviembre de 2013. A su vez, la sentencia de 30 de abril de 2009, y la que cita, han razonado la plena aplicabilidad de la anterior doctrina a los supuestos de denunciantes de profesionales ante sus Colegios Profesionales, por concurrir identidad de razón.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de marzo de 2010 hace aplicación de ese criterio jurisprudencial que aprecia que la falta de legitimación del denunciante en la pretensión de responsabilidad disciplinaria deriva del hecho de que su éxito no produciría, en principio, ningún efecto favorable en su esfera jurídica, pues la eventual sanción que pudiera ser impuesta, por sí sola, no le originaría ventaja alguna, ni le eliminaría ninguna carga o inconveniente, razón por la que declara la falta de legitimación del denunciante -recurrente.

Como resulta de dicha jurisprudencia, la denunciante es un tercero simple, carece por tanto de la cualidad de parte legítima y, en consecuencia, resulta inviable procesalmente su pretensión de impugnar la resolución que se dicte en el expediente sancionador. Conforme a dicha doctrina, pues, debe negarse a la recurrente el interés directo que se exige en el artículo 19.1.a) de la Ley Jurisdiccional, desde el momento en que ningún beneficio obtienen de la sanción impuesta a un tercero, que en nada amplía o restringe su esfera de derechos y deberes.

La jurisprudencia del TS ha sentado como presupuestos a tener en cuenta, a los efectos de legitimación los siguientes:

a) La facultad de denunciar un hecho perseguible de oficio por la Administración no concede al denunciante la condición de parte interesada, ni la posibilidad por tanto de recurrir, incluso cuando, sin perjuicio de que la Administración lo pueda perseguir de oficio -si lo considerara procedente-, el hecho ha causado o puede haber causado un perjuicio directo al denunciante.

b) El ejercicio de acciones disciplinarias sólo concluye, en su caso, con la imposición de una sanción al denunciado, aunque no con la reparación material al

denunciante, ni en el sentido de una indemnización ni en el de la revocación de la actuación jurisdiccional realizada.

c) El mero interés moral que, por tanto, resta al denunciante, de que se sancione al denunciado, no es suficiente para fundamentar su legitimación.

Además debemos añadir que los motivos de impugnación se refieren al acto administrativo que razonablemente señala la inadmisibilidad por falta de legitimación, y cita una Sentencia del TS que recoge la falta de legitimación de denunciante contra jueces cuya denuncia y queja fueron archivadas; sentencia que es reiterada por la más reciente de 30 de abril de 2021, que establece:

"Efectivamente, una constante y reiterada jurisprudencia de la Sala, antes de sus Secciones Séptima y Octava y ahora de esta Sección Sexta, circunscribe la legitimación del denunciante a la hora de impugnar acuerdos de archivo de sus denuncias por el Consejo General del Poder Judicial, a reclamar la realización de la investigación necesaria sobre los hechos denunciados en el caso de que sea precisa, así como para impugnar decisiones incoherentes o carentes de la necesaria motivación [sentencias de 27 de octubre de 2020 (recurso n.º 584/2009), de 4 de octubre de 2010 (recurso n.º 245/2009), de 8 de noviembre de 2010 (recurso n.º 291/2009) y n.º 152/2021, de 8 de febrero (recurso n.º 395/2019)]. Y le ha negado, como recuerda el Abogado del Estado, legitimación para pretender la incoación de expediente disciplinario o la imposición de sanciones porque ni de la una ni de la otra resulta un enriquecimiento del patrimonio jurídico de dicho denunciante ni la evitación de un perjuicio que de otro modo sufriría".

Redacción propuesta: Deberían suprimirse los tres artículos referentes a la tramitación al procedimiento simplificado por vulneración de principios constitucionales sagrados.

CUARTA.- Arts. 36.2 y 3 a), d) y f): PROPORCIONALIDAD EN LA GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS

Redacción Proyecto:

"2. La parte pecuniaria correspondiente a cada infracción se propondrá e impondrá en su grado medio, si bien se podrán apreciar en la tramitación circunstancias concurrentes que justifiquen aplicar el inferior o el superior.

3. Sin perjuicio de los criterios recogidos en el artículo 66 de la Ley 1/2020, de 11 de junio, serán circunstancias concurrentes, entre otras, que puedan apreciarse en la instrucción o resolución del expediente, las siguientes:

a) que la persona responsable sea jurídica o física, mitigándose el rigor en este último caso. En el caso de las personas jurídicas, si así lo solicitaren y decidieran someter voluntariamente la información fiscal necesaria para su comprobación por la instrucción, se podrá tener en cuenta el volumen de negocios total de los dos últimos ejercicios;

d) las consecuencias desfavorables de los hechos para la ciudadanía en general o para los menores o colectivos que puedan entenderse como más sensibles al riesgo de ludopatía, conforme a estudios o análisis objetivos y publicados;

f) la conducta anterior de la persona infractora en relación con la normativa reguladora del juego, atendiendo a las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas durante los últimos diez años;"

Justificación alegación:

Respecto del art. 36.2: **No se puede establecer por defecto que la sanción se imponga en su grado medio como regla general aunque luego según las circunstancias concurrentes se puedan apreciar en su grado superior o inferior.**

Ello contraviene una regla sagrada en el procedimiento administrativo sancionador como es el principio de proporcionalidad.

Art. 36.3 a): **No se puede primar en un procedimiento sancionador a una persona física en detrimento de una persona jurídica ni a quien más o menos volumen de negocios tenga en los dos últimos ejercicios.** La presunta infracción es objetiva con independencia de si ha facturado en mayor o menor medida en los 2 años anteriores a la presunta infracción ya que el motivo económico no legitima la aplicación de una atenuante.

Art. 36.3 d): **El aplicar como agravante las consecuencias desfavorables para la ciudadanía o menores y colectivos sensibles conforme a estudios o análisis publicados supone una flagrante y subjetiva penalización "per se" de la actividad empresarial del Juego, una falta del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.** El hecho infractor es el que es sin atender a presuntas incidencias en la ciudadanía que no vienen al caso.

Art. 36.3. f): **No tiene ningún sentido ni justificación que se atienda al presunto "historial delictivo" de los últimos diez años de las empresas infractores,** como si los antecedentes penales no prescribieran y se cancelaran de oficio. Nuevamente vulneración de los principios penales aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Es un plazo excesivamente dilatado en el tiempo.

Jurisprudencia aplicable:

-Art. 36.2. Vulneración del principio de proporcionalidad y motivación para aplicar objetivamente el grado medio:

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 611/2021 de 7 julio. RJ 2021\3539:

"(...) **SEGUNDO.**

- Como hemos dicho en la STS. 620/2008, de 9.10 (RJ 2008, 7191) , el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la sentencia del Tribunal Constitucional, 21/2008, de 31 de Enero (RTC 2008, 21) , "...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E. (RCL 1978, 2836) , y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. --conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997, de 10 de Marzo (RTC 1997, 43) ; 108/2001, de 23 de Abril (RTC 2001, 108) ; 20/2003, de 10 de Febrero (RTC 2003, 20) ; 170/2004, de 18 de Octubre (RTC 2004, 170) ; 76/2007, de 16 de Abril (RTC 2007, 76)).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril (RTC 2001, 108) ; 20/2003, de 10 de Febrero (RTC 2003, 20) ; 148/2005, de 6 de Junio (RTC 2005, 148) ; 76/2007, de 16 de Abril (RTC 2007, 76)).

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión...."

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

Reiteradamente ha señalado esta Sala que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836) comprende la extensión de la pena. El Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Es cierto que en ocasiones también hemos recordado (STS. 27.9.2006 (RJ 2006, 6423)), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una mitigación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87 (RTC 1987, 5) , 152/87 (RTC 1987, 152) y 174/87 (RTC 1987, 174)), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, aunque también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007, de 22.11 (RJ 2007, 8292) , 349/2008, de 5.6 (RJ 2008, 4079) , que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y a 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, nº 599/2007 (RJ 2007, 5154)), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal. (STS 725/2016, de 28 de septiembre (RJ 2016, 4455)).

-Art. 36.3 a): Vulneración del principio de igualdad (art.14 CE) personas físicas y jurídicas:

Sentencia del TS que estima que no cabe imponer pena a una persona jurídica Unipersonal por vulneración del “non bis in ídem”, por lo demás, legalmente existe la obligación de modular las penas cuando se impongan penas a personas jurídicas y físicas simultáneamente ex 31.1 CP:

STS 747/2022 de 27.7.2022, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, Delito defraudación tributaria y alzamiento de bienes: La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas no procede cuando se trata de una sociedad unipersonal y el socio único y administrador es la persona física responsable penal.

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras las modificaciones del CP a través de las reformas por la LO 2010 y la LO 2015, cabe hacer las siguientes precisiones:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas está regulada en los artículos 31 bis a 31 quinquies del Código Penal. No obstante, destaca que, según el artículo 31 ter de esta norma, la **responsabilidad penal de una persona jurídica es independiente de la que pueda tener la persona física que haya ejecutado el acto delictivo en sí (hasta el punto de que puede condenarse a una sin que se llegue a condenar a la otra)**. Por ello, consideramos pertinente hacer una mención de la responsabilidad penal de la persona física del administrador de una Sociedad.

En este caso, la regulación básica la encontramos en el artículo 31 del Código Penal, a cuyo tenor “*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*”. Esta redacción vino dada por la Ley Orgánica 1/2015, si bien el único cambio que introdujo respecto de la anterior fue la eliminación de la referencia a las faltas.

Ello nos conduce a concluir, que no existe ningún elemento de la tipificación de la conducta para distinguir entre personas físicas y jurídicas, sin que quepa ninguna diferenciación que pueda ser apreciada como atenuante en un procedimiento administrativo sancionador, ya

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

que contraviene al principio de igualdad (art. 14 CE) con la genérica y evidente doctrina del TS y TC.

-Art. 36.3 d): Vulneración del principio de presunción de inocencia si se toman en consideración consecuencias desfavorables para la ciudadanía en general o para menores o colectivos vulnerables según estudios o análisis:

STS 28 de abril de 2016(Rec 671/2014):

"Debe haber indicios racionales y manifiestamente inequívocos de culpabilidad, no puede imponerse sanción sin fundamento en una previa actividad probatoria lícita, en las que no haya dudas razonables sobre la culpabilidad, en un procedimiento administrativo sancionador que respete todas las garantías de contradicción".

-Art. 36.3 f): No puede agravarse con la reincidencia por las sanciones de los últimos 10 años, efectos ex tunc prescripción:

Sentencia TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia 704/2016, de 14 de septiembre de 2016, RECURSO DE CASACIÓN Núm: 1913/2015 Ponente Excmo. Sr. ANTONIO DEL MORAL GARCIA:

FJº 15º: "(...) La pena prescribe una vez ha transcurrido sin interrupciones el plazo legalmente establecido. Cosa diferente es la fecha en que se declare judicialmente esa prescripción. La prescripción es un hecho jurídico. No necesita la declaración judicial para su eficacia. La resolución judicial que proclama la prescripción lo hace con efectos ex tunc y no ex nunc; es decir, no tiene eficacia constitutiva, sino declarativa: declara que la prescripción se produjo en el momento en que llegó el dies ad quem. Lo mismo sucede con la prescripción del delito: se produce en el momento en que se cumplió el plazo con independencia de que la constatación judicial de que es así pueda llegar después.

La **Sentencia** del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 535/2008, de 18 de septiembre de 2008, rec. 1126/2007, establece

"que el fundamento de la agravación de la medida de la pena a causa de la reincidencia es cuestionable en cuanto pueda superar la culpabilidad del autor por el hecho concreto imputado. Son muy numerosos los criterios seguidos para identificarlo, entre ellos, como se recordaba en la STC núm. 150/1991, que declaró la constitucionalidad de la agravante, los que se detienen en la mayor peligrosidad del autor; en su mayor culpabilidad, bien por la conducta de vida o por el acto aislado; en la insuficiencia de las penas impuestas por el anterior o anteriores delitos a efecto de la prevención sobre el delincuente; en la perversidad del reo; en la habitualidad del delincuente; en el desprecio y rebeldía del reincidente frente al Ordenamiento jurídico.

Se ha manifestado que la reincidencia, desde un punto de vista criminológico, supone un fracaso de la respuesta carcelaria —STS 1250/2003, de 30 de septiembre, Rec 1305/02—. Si bien, la línea jurisprudencial mayoritaria fundamenta la agravación en la necesidad de una mayor represión, por razones de prevención especial, frente a la mayor peligrosidad del sujeto que, por repetición de los mismos hechos delictivos, revela una inclinación a cometer la misma clase de delitos —SSTS de 23 de abril de 1993, Rec 5522; 18 de febrero de 1994, Rec 2144; 5/2003, de 14 de enero, Rec 3072/01; 1250/2003, de 30 de septiembre, Rec 1305/02—; manifestando, alguna resolución, que la reincidencia es un medio inidóneo para resolver los problemas que plantea la peligrosidad del autor —STS 917/2000, de 30 de mayo, Rec 1012/1999—

Además de la polémica sobre el fundamento de la reincidencia, se ha cuestionado su constitucionalidad. Desde la doctrina, se señala que la circunstancia infringe no pocas exigencias constitucionales, como son:

- a) El principio de culpabilidad por el hecho derivado del principio de legalidad penal, al hacer depender la gravedad de la pena de la personalidad o forma de ser del autor, en el sentido de una culpabilidad por la conducción de la vida, incompatible con el principio de legalidad (artículo 25.1 CE) y con el valor de la dignidad humana (artículo 10.1 CE)18.
- b) El principio de proporcionalidad de las penas, pues una pena no proporcionada a la culpabilidad es desproporcionada e innecesaria y, por ello, puede ser calificada de pena degradante e inhumana, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 15 CE19.
- c) El principio ne bis in idem, reconocido en el artículo 25 CE, pues la existencia de delitos anteriores, que ya han sido sancionados, no puede incrementar la gravedad de un hecho posterior, valorándose, en consecuencia, doblemente el hecho que da lugar a la agravación 20.

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

- d) El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, derivado el artículo 16.1 CE, que impone un Derecho Penal limitado a la protección de bienes jurídicos, prescindiendo de las actitudes internas de especial rebeldía del autor frente al ordenamiento o de especial desprecio a los bienes jurídicos como fundamento de la pena o de su gravedad 21.
- e) Y, por último, se entiende que la aplicación automática de la circunstancia de reincidencia comporta una presunción iuris et de iure de la peligrosidad del autor, que no tiene por qué cumplirse en el caso concreto, incompatible con el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 CE41.
- f) Respecto a la multirreincidencia se ha señalado que, además, infringe el principio de legalidad de las penas, en la medida en que su apreciación permite rebasar el marco legal establecido en la correspondiente figura delictiva.

En lo que se refiere al principio de culpabilidad la STS 6 abril de 1990, afirma lo siguiente:

La consecuencia práctica de esta redefinición del régimen de la reincidencia afecta directamente al actual automatismo de la aplicación del art. 10, 15a, en relación al 61,2a CP. Concretamente: a) Los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61,2a CP cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite. (...) Dicho de otra manera: cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena, fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad.

Respecto al principio de presunción de inocencia, el Alto Tribunal responde afirmando que el principio de presunción de inocencia exige la acreditación de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley para la aplicación de la circunstancia, pero no exige la prueba del fundamento o razón tenida en cuenta por el legislador para recoger la reincidencia entre las circunstancias agravantes.

Redacción propuesta: Art. 38.2: "Se podrán apreciar en la tramitación circunstancias concurrentes que justifiquen aplicar el inferior, el medio o el superior" o bien suprimirlo por ser evidente.

Así como, suprimir los apartados a), d) y f) del art. 36.3 por los motivos ya expuestos "in extenso".

QUINTA.-Art. 38: PORCENTAJE DE REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN

"1.Si la sanción tiene, únicamente, carácter pecuniario y responde a una de las conductas tipificadas a que se refiere el siguiente apartado 2, el órgano competente para resolver podrá aplicar reducciones de hasta el 40% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstas acumulables entre sí, debiendo quedar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento.

2.El porcentaje de reducción indicado en el anterior apartado 1 solo podrá aplicarse a las faltas leves, exceptuándose las infracciones contempladas en las letras d) y e) del artículo 61 de la Ley 1/2020, de 11 de junio, de la Generalitat".

Justificación alegación:

Entra en evidente colisión con lo dispuesto en el art. 85.3 de la Ley 39/2015 en cuanto a la minoración de todas las sanciones en un 20% si existe conformidad más un 20% por pronto pago.

Por tanto, la minoración del 40 % no debe supeditarse a la calificación como falta leve para poder ser apreciada y aplicada ya que un Decreto autonómico no puede ir en contra de lo dispuesto en una Ley estatal con base en el principio de reserva de Ley y el principio de legalidad.

Así el RDL 6/2015 de 30 de octubre por el que se modifica la Ley de Tráfico reduce en un 50 % la cuantía de la sanción en caso de conformidad si se paga en 20 días sin presentar

alegaciones, sin distinguir entre sanciones leves, graves o muy graves, exceptuando solamente supuestos muy excepcionales.

Jurisprudencia aplicable: Las STC 11/81, 15/81, 42/87, a título ejemplificativo consideran infringido el principio de legalidad y reserva de Ley del art. 25 CE.

Redacción propuesta: Debería suprimirse o bien clarificarse.

SEXTA.- Art. 39: INFRACCIONES CONTINUADAS

*"Conforme a la legislación básica del Estado, en caso de que la persona infractora persista en infracciones de forma continuada no se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores **mientras no recaiga una primera resolución sancionadora con carácter ejecutivo, aunque ello deberá tenerse en cuenta en la aplicación de lo previsto en el anterior artículo 36 a los nuevos expedientes sancionadores**".*

Justificación alegación:

La Administración debe esperarse a que recaiga una resolución judicial firme sobre el presunto hecho infractor, "no una primera resolución sancionadora administrativa con carácter ejecutivo", ya que hasta entonces no puede saberse si existe o no infracción hasta que no sea firme en sede judicial con independencia del carácter ejecutivo o no de la resolución, ya que de ello dependerá de si se ha garantizado el importe de la sanción y/o se ha obtenido la suspensión cautelar de la resolución.

La referencia al art. 36 implica acumular presuntas infracciones sanciones a los efectos de la graduación en su grado superior cuando todavía no ha recaído resolución o sentencia firme, siendo dicha acumulación inconstitucional por vulnerar el principio de "in dubio pro reo", presunción de inocencia y el derecho a la tutela judicial efectiva a poder defenderse hasta el final en vía judicial sin que mientras tanto "vaya corriendo el contador" de las sanciones acumuladas a efectos recaudatorios.

Sin perjuicio de las debidas reservas, hasta que no haya finalizado un procedimiento sancionador mediante resolución firme en vía administrativa o judicial, sea o no ejecutiva dicha resolución, no cabe iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionador con base en los mismos hechos, por la vulneración del principio de tutela judicial efectiva y el principio "in dubio pro reo".

Jurisprudencia aplicable: Siendo un principio tan básico y fundamental del Derecho, consagrado en el art. 24.1 nos remitimos a todas las sentencias genéricas sobre la materia principiando por la STC 18/81 en cuanto al principio de la tutela judicial efectiva "pro actione", así como a las sentencias sobre la necesidad de una debida ponderación mesurada de la reincidencia ya expuestas anteriormente en relación con el art. 36.3 f).

Redacción propuesta:

*"Conforme a la legislación básica del Estado, en caso de que la persona infractora persista en infracciones de forma continuada no se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores **mientras no recaiga una resolución firme**".*

2.- La Asociación Valenciana de Operadores de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Valenciana (ASVOMAR) presenta las siguientes alegaciones:

Acerca de la Disparidad de Criterio sobre la resolución entre el órgano sancionador y el órgano instructor, artículo 28:

Esta asociación se opone a lo expresado en dicho artículo, pues si bien parece contar con el beneplácito de la Sentencia STS 3505/2020, la formulación que realiza en el presente caso puede conllevar un conflicto entre dicho artículo, el artículo 38.

Pues como bien es sabido, la propuesta de resolución es el momento del procedimiento sancionador en el que, en aras de evitar la litigiosidad así como de apreciar que por parte del interesado se han realizado conductas tendentes a la corrección de la infracción cometida, podría conllevar que bajo la premisa de evitar una sanción económica superior se produjera una conformidad con asunción de las premisas de la instrucción, y que posteriormente se produjera un aumento de la sanción inicialmente prevista en virtud de la interpretación del organismo sancionador.

Es decir, que podría en efecto producirse una absoluta indefensión e inseguridad jurídica ya que al momento de acogerse a la reducción con la asunción de la responsabilidad, cabría la posibilidad de un cambio en el tramo aplicable, aumentando la cuantía de la sanción de una forma que consideramos que podría ser arbitraria.

Acerca de la Tramitación simplificada del procedimiento sancionador, artículos 32, 33 y 34; todo ello con relación al Importe de reducción de la Sanción, artículo 38 y a la disposición adicional segunda:

Por nuestra parte entendemos que la implementación de este procedimiento simplificado, unido a la restricción, que consideramos que contraviene lo expuesto en el artículo 85.3 de la Ley 39/2015, al provocar una restricción de los supuestos de reducción solo a las conductas tipificadas en los puntos a, b, c, y g del artículo 61 de la Ley 1/2020, impidiendo el acceso de las personas sancionadas a una posibilidad

Esto producirá obviamente una desvirtuación del propio espíritu del artículo 85.3, que no es otro que intentar reducir la litigiosidad, aligerar la carga de procedimientos sancionadores que se abocan de forma irremisible a recursos en todas las instancias posibles, en vez de permitir que se produzca. Con una asunción de la culpa sobre el ilícito producido y que permite tanto la reducción de la carga administrativa como la ejemplaridad en la sanción que se pretende, sobre todo si ello es puesto en perspectiva con las disposiciones adicionales en materia de publicidad de las sanciones que se han planteado para la Ley de Medidas Fiscales para 2023.

Cabe asimismo poner de manifiesto que esto entra en contradicción con la disposición adicional segunda, que pregonaba la inexistencia de incidencia presupuestaria en la consellería competente.

Sin embargo, el aumento de litigiosidad tiene una clara incidencia presupuestaria, ya que produce una mayor carga de trabajo en la tramitación de los expedientes, dado que muchos de los sancionados van a preferir confrontar las resoluciones sancionadoras, dado que se desincentiva la posibilidad de la finalización convencional del procedimiento sancionador y, en consecuencia, va a acarrear una disminución de los expedientes tramitados.

Además, en caso de que dichas sanciones devengan firmes siempre cabrá la posibilidad de impugnarlas en vía contenciosa, lo cual va a suponer más carga, más personal y más gasto en la consellería encargada de la defensa de los intereses de la administración en los tribunales.

En consecuencia, entendemos que la restricción de esta norma, que se encuentra recogida en la gran mayoría de las disposiciones administrativas sancionadoras como una forma de facilitar la terminación de los procedimientos de forma convencional no debe restringirse a tan solo 5 del total de 46 tipos de infracción recogidas en la Ley 1/2020.

3.- INFORME DE LAS CONSELLERIAS

En el trámite, han emitido informe las siguientes consellerias de la Generalitat:

- Presidencia
 - Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas
 - Vicepresidencia Segunda y Conselleria de Vivienda y Arquitectura Bioclimática
 - Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública
 - Conselleria de Educación, Cultura y Deporte
 - Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo
 - Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad
 - Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital
 - Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática /Delegación de Protección de Datos.
- A) La Presidencia, la Vicepresidencia Segunda y Conselleria de Vivienda y Arquitectura Bioclimática, la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad, y la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital, en sus respectivos informes, no han efectuado alegaciones al texto del proyecto.
- B) La Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas alega a los artículos 36 (que se utilice la expresión de "persona menor de edad" o "niño, niña o adolescente", en lugar de "menor") y 74 (que se utilice la expresión de "persona menor de edad" o "niño, niña o adolescente", en lugar de "menor" y que la redacción del apartado 3 se refiera expresamente a la Ley 26/2018, de 21 de diciembre); así como que la totalidad del texto del proyecto se revise por la Unidad de Igualdad de la proponente, para adecuarlo al lenguaje inclusivo.
- C) La Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública:
- 1) Sobre el artículo 15, que se atiende exclusivamente a notificaciones a personas físicas, obviando a las personas jurídicas (obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración), para cuya notificación en un procedimiento iniciado de oficio, como es el sancionador hay que atender en la práctica de la notificación a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 39 /2015 y en el artículo 43.2 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.
 - 2) Considera más adecuado eliminar la referencia específica al padrón municipal pues la administración de la Generalitat tiene acceso a otros tipos de bases como los de la Agencia Valenciana Tributaria, y sustituirla por una referencia genérica.

- 3) A lo largo del texto, se debería hacer referencia a iniciación de procedimiento sancionador, diferenciándose del expediente administrativo ordenado, por lo que las referencias a expediente sancionador en los artículos 19.2, 20.2 y 3, 30 (Enunciado y párrafo 1) y 45 debería efectuarse a procedimiento sancionador.
- D) La Delegación de Protección de Datos, de la Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática, efectúa alegaciones sobre los apartados 1 y 2 del artículo 6; propone suprimir el apartado 3, del artículo 8; añadir determinada precisión al artículo 13, y adicionar un nuevo apartado al artículo 52.

3.- Conclusiones

Una vez finalizado el proceso de audiencia e información públicas realizado para la elaboración del proyecto de Decreto, del Consell, sobre régimen sancionador y actuaciones inspectoras en materia de juego, se efectúa la siguiente valoración de las alegaciones presentadas.

- 1) ANESAR CV, AEVA, CONHOSTUR, ANDEMAR CV y APROMAR:** se da respuesta conjunta a las mismas, por ser sustancialmente idénticas en su contenido.

A) PREVIA.- HIPER-REGULACIÓN

Se trata de una consideración u opinión de la alegante, como ella misma indica, por lo que no ha de ser aceptada o rechazada.

No obstante, resulta irrelevante el hecho de que se haya dictado, o no, algún decreto de procedimiento sancionador, sobre la materia, en otra Comunidad Autónoma; sin que pueda llegar a colegirse la razón, jurídica o de oportunidad, que obligue o aconseje a la Comunitat Valenciana a esperar a que se produjera tal dictado.

Únicamente cabe señalar al respecto que el Consell goza de la potestad reglamentaria, conforme al Estatuto de Autonomía y la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell, con la base competencial recogida en el artículo 49.1.3ª y 31ª de aquel.

B) PRIMERA.- DISPARIDAD DE CRITERIO ENTRE ÓRGANO: INSTRUCTOR Y SANCIONADOR

No se acepta.

Resulta ajustado a derecho que el órgano sancionador pueda apartarse del criterio del órgano instructor siempre y cuando el interesado tenga conocimiento de ello y pueda oponerse al mismo antes de que sea dictada la resolución. Lo que se produce, precisamente, a través del trámite de audiencia, tal y como señalan nítidamente los artículos 26- apartado 3- y 28 -apartados 1 y 2-, no pudiéndose apreciar contradicción entre los términos de ambos.

Ha de indicarse sobre la cuestión que la redacción de tales artículos se basa en la doctrina del Tribunal Supremo, expresada en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 1382/2020, de 22 de octubre sobre el principio acusatorio en los procedimientos administrativos sancionadores, concordante con las garantías del procedimiento penal aplicables a los procedimientos sancionadores, contempladas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2018, de 5 de febrero.

Y, sobre lo argumentado sobre una "(...) suerte de *reformatio in peius*", resulta pertinente recordar que dicha figura y prohibición ha sido impropia para este acto de trámite del procedimiento administrativo, pues, con carácter general, tan solo resulta predicable o aplicable respecto de los actos que han finalizado un procedimiento o a la revisión de los mismos (administrativa o judicialmente), pero no a aquellos.

C) SEGUNDA.- CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR Y NUEVA INCOACIÓ

No se acepta.

Se considera que no contraviene precepto alguno y, por demás, plenamente ajustado a derecho ordenar que la declaración de caducidad del antiguo y la incoación del nuevo expediente sancionador se dicten en la misma resolución, respondiendo ello a la continuidad, diligencia y eliminación de duplicidad (simplificación) de trámites que se desprende del párrafo segundo del apartado 3 del artículo 95 de la dicha Ley 39/2015: "(...) en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad (...)"; y, también, al principio general del artículo 3.1.d) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que impone a las administraciones la racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos, lo que hace aconsejable, siendo posible, refundir dos trámites en uno solo.

En cuanto a la alegada priorización, nada impide que la administración venga a establecer prioridades – complementarias a las de los titulares de las unidades administrativas – para la tramitación de determinados expedientes – sean o no sancionadores-, sin entrar en colisión con la legislación básica del Estado, máxime cuando las mismas se pretenden articular con carácter reglamentario, objetivo y apriorísticamente, con el fin de ordenar la actividad de órganos que responden a su capacidad o potestad de autoorganización.

D) TERCERA.- TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

No se acepta.

- a. Sobre los artículos 32 a 34 del proyecto no cabe apreciar que su regulación vulnere el principio de contradicción, puesto que los mismos responden a la tramitación simplificada que se configura en la citada Ley 39/2015, en la que, efectivamente, se prescinde de la proposición y práctica de pruebas, pero ello se ha fundamentado en razones de interés público o en la falta de complejidad del procedimiento. A lo que ha de añadirse que los interesados pueden efectuar alegaciones iniciales o, con posterioridad, en el trámite de audiencia.
- b. En ningún caso el apartado 2 del artículo 32 del proyecto, ni sus artículos 33 y 34, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no se priva al interesado de la posibilidad de ejercer su derecho de alegar y oponerse a la imputación formulada por la administración, estando en plena coherencia con lo dispuesto en los apartados 2 y 5 del artículo 96 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, permitiendo el primero la oposición expresa al interesado en la tramitación simplificada de los procedimientos en general, pero que, por el contrario, no resulta aplicable a los procedimientos sancionadores, conforme prescribe el segundo.

- c. En cuanto a la vulneración del artículo 77.3 de la citada Ley 39/2015, no puede ser tenida en cuenta, ya que la previsión de dicho artículo resulta aplicable al procedimiento ordinario, pero no para el específicamente previsto para la tramitación simplificada – que tiene unos trámites tasados, conforme al apartado 6 del citado artículo 96 - correspondiendo exclusivamente al instructor estimar la necesidad o conveniencia de efectuar prueba y, si así lo considerara este, deberá pasarse al procedimiento ordinario; resultando, pues, que no se priva al interesado a que efectúe proposición de prueba, aunque sea el instructor quien acabe determinando si la misma es necesaria. Lo que señala el artículo 32.2 del proyecto es la incompatibilidad de la prueba con la tramitación simplificada.
- d. También se confunde la alegante cuando señala que la previsión del artículo 34 del proyecto convierte a la persona denunciante en interesada en el procedimiento, pues no es así, ni lo pretende.

Lo que hace este artículo es conceder a la denunciante la posibilidad de que, calificada la infracción como leve, pueda oponerse a ella, pero sin pretender otorgarla aquella cualidad y, de haber oposición a la calificación, se faculta al instructor para que pueda realizar su valoración y actuar en consecuencia, lo que es coherente con lo previsto en el 19.4 de este mismo proyecto. A este respecto ha de recordarse que al matizar el art. 66.5 de la Ley 39/2015 que, por sí sola, la presentación de una denuncia no confiere esa condición, *a sensu contrario* entraña que la persona denunciante sí que podrá ser interesado(a) cuando concurra lo exigible para ello, conforme tiene declarado la jurisprudencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

E) CUARTA.- PROPORCIONALIDAD EN LA GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES

No se acepta.

- 1) El establecimiento de un criterio para la proposición o imposición de la sanción, en el grado medio (como si lo hubiera sido en el inferior o en el superior) no entraña, en sí mismo, vulneración alguna del principio de proporcionalidad, puesto que se trata de un mero criterio indicativo u orientativo, que podrá ser modificado tanto en la tramitación como en la resolución, adecuándose el importe de la sanción, con proporcionalidad, a las circunstancias concurrentes aplicables a la conducta o hecho tipificado. Lo que obligará, además, a explicitar las razones que motivan la minoración (tramo inferior) o el rigorismo (tramo superior) en la cuantía finalmente adoptada.

Y, por el contrario, el apartado 4, del artículo 29, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, parece indicar que la imposición de la sanción en el grado inferior resulta una modulación excepcional (“Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior”), no siendo la que deba aplicarse de normal. Que la infracción – o conducta infractora – haya de ser plenamente objetiva no desvirtúa la posibilidad de que se prevea que sus consecuencias puedan ser reguladas de forma diferenciada para las personas físicas y las jurídicas; ni, mucho menos, la previsión de que pueda tenerse en cuenta - repárese que por propia voluntad de la persona jurídica, como señala el proyecto- su volumen de negocio, para una mejor valoración de los posibles

efectos de la sanción. resultando injustificado considerar que se “prima” a la persona física frente a la jurídica; lo que, en sí mismo, tampoco contravendría, en puridad, ningún principio jurídico, siempre que tal diferencia de trato resulte debidamente justificada y no arbitraria o discriminatoria, atendiendo a razones, fundamentalmente, de proporcionalidad entre la sanción y sus consecuencias.

Del mismo modo, resulta desafortunado defender que se puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia por regular que si se producen consecuencias especialmente desfavorables para determinados colectivos las mismas puedan ser tenidas en cuenta, como circunstancias concurrentes, ya que ninguna de ellas limita o ataca ninguno de tales derechos. E igualmente es desmedida la afirmación – una mera opinión – de que con ello se produce una “flagrante y subjetiva penalización, *per se*, de la actividad empresarial del Juego”, sin que se haga necesaria una respuesta de contenido jurídico a la misma.

Establecer un plazo de diez años, plenamente objetivo, como límite a una posible valoración de los antecedentes de la persona infractora, no contraviene norma alguna, con independencia de que la duración del mismo sea susceptible de valoraciones subjetivas.

Finalmente, como colofón a la impugnación de las diversas letras del apartado 3 del artículo 36 del proyecto, se concluye que contemplar posibles circunstancias concurrentes – que podrán ser tenidas en cuenta, o no, por el órgano instructor o el sancionador – introduce elementos objetivos que pueden contribuir a objetivar la proporcionalidad en la imposición de la sanción, sin que debiera resultar jurídicamente indiferente que la conducta ilícita tipificada afecte al volumen de los beneficios obtenidos o que la responsabilidad corresponda a una gran empresa o a un pequeño empresario: de esa forma, la gravedad de la infracción podrá quedar vinculada a criterios.

Pueden añadirse, además, razones de prudencia o de oportunidad, apeladas por la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 104/2009, de 4 de mayo; 90/2012, de 7 de mayo; y 34/2013, de 4 de febrero), que en las que se sugiere la conveniencia de descargar en la Administración la tarea de medir individualmente la gravedad de cada una de las infracciones cometidas.

A modo de ejemplo, la graduación de la cuantía de las multas viene siendo aplicada de conformidad con lo previsto en el artículo 81 del Real decreto legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, entre otras disposiciones legales.

- 2) Sobre el deber de motivación de las sentencias, en relación con la tutela judicial efectiva, traído a las alegaciones por una presunta vulneración del principio de proporcionalidad y motivación para aplicar objetivamente el grado medio, resulta de plena aplicación y se reitera lo ya señalado en el número 1 de esta misma conclusión.

F) QUINTA.- PORCENTAJE DE REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN

No se acepta.

El artículo 85.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone que el órgano tiene que aplicar reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta (“siendo acumulables entre sí”), de lo que se desprende la obligación

para aquel de que la reducción mínima que debe aplicar - o la suma de las que concurran - no pueda resultar inferior a dicho porcentaje; ello sin perjuicio de que quepa/n otro/s superior/es si se llegare/n a incrementar reglamentariamente.

Pero lo que no se infiere de la redacción de tal precepto es que exista una obligación para el órgano de aplicarlas o acumularlas, puesto que lo que contempla es la posibilidad de su acumulación, quedando a la decisión del reglamento la cuantía del porcentaje -como se ha dicho, no inferior al 20%- y la decisión sobre su acumulación o no.

G) SEXTA.- INFRACCIONES CONTINUADAS

No se acepta.

La ejecutividad -firmeza -queda recogida en el artículo 90 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, determinando que es ejecutiva la resolución que pone fin al procedimiento sancionador cuando contra ella no cabe ningún recurso ordinario en vía administrativa.

También dispone ese mismo artículo que las resoluciones ejecutivas pueden ser suspendidas cautelarmente si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa, supuesto este en el que no se podría iniciar el nuevo procedimiento sancionador.

No obstante, ello no empece que los incumplimientos (infracciones) anteriores puedan ser conocidos en los futuros procedimientos sancionadores, cuando estos resulten procedentes. Además, el artículo 29, apartado 6, de dicha ley, contempla que sean sancionables, como infracción continuada, las acciones u omisiones - que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión-, por lo que, con mayor razón puedan ser tenidas en cuenta en aras de la proporcionalidad en la imposición de la sanción.

Y a tal criterio parece responder, igualmente, la previsión del artículo 29.3.b) que señala que "la graduación de la sanción considerará especialmente (...) la continuidad o persistencia en la conducta infractora", reproducido, literalmente, por la Ley 1/2020, de 11 de junio, de regulación del juego y prevención de la ludopatía en la Comunitat Valenciana, en su artículo 66, letra b).

Finalmente, cabe señalar que no ha de confundirse la infracción continuada con la reincidencia, cuya regulación queda recogida en el artículo 29.3, letra d), de la reiteradamente citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, así como en el artículo 66, letra d), de tal Ley 1/2020, de 11 de junio.

2) ASVOMAR:

A) SOBRE LA DISPARIDAD DE CRITERIO

No se acepta.

Resulta ajustado a derecho que el órgano sancionador pueda apartarse del criterio del órgano instructor siempre y cuando el interesado tenga conocimiento de ello y pueda oponerse al mismo antes de que sea dictada la resolución. Lo que se produce, precisamente, a través del trámite de audiencia, tal y como señalan nítidamente los artículos 26- apartado 3- y 28 -apartados 1 y 2-, sin que quepa apreciar contradicción entre los términos de ambos.

Ha de indicarse sobre la cuestión que la redacción de tales artículos se basa en la doctrina del Tribunal Supremo, expresada en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 1382/2020, de 22 de octubre sobre el principio acusatorio en los procedimientos administrativos sancionadores, concordante con las garantías del procedimiento penal aplicables a los procedimientos sancionadores, contempladas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2018, de 5 de febrero.

Y, sobre lo argumentado sobre una "(...) suerte de *reformatio in peius*", tan solo recordar que dicha figura y prohibición ha sido impropia para los actos de trámite del procedimiento administrativo, pues, con carácter general, tan solo resulta predicable o aplicable respecto de los actos que han finalizado un procedimiento o a la revisión de los mismos (administrativa o judicialmente), pero no a aquellos.

B) SOBRE LA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

No se acepta.

- a) Aunque sea meramente una especulación, parece que la formulación de esta alegación parte del error de considerar excluidos de la tramitación simplificada del expediente sancionador a las conductas tipificadas en las letras d), e) y f) del artículo 61 de la Ley 1/2020, de 11 de junio: ni el artículo 32.1, ni ningún otro precepto del proyecto de decreto las excluye del mismo.
- b) En cuanto a lo alegado respecto de un posible aumento de la litigiosidad, la disminución de los expedientes tramitados, la posibilidad de impugnación en la vía contenciosa o la inexistencia de incidencia presupuestaria, ninguna de ellas entraña vulneración normativa alguna, siendo meras opiniones y futuribles acerca de los que difícilmente puede hacerse un razonamiento objetivo y sobre las que no procede pronunciamiento jurídico alguno.
- c) Y sobre la terminación de los procedimientos de forma convencional, se reitera lo ya dicho en la inmediata anterior letra a).

3) ALEGACIONES DE LA PRESIDENCIA, VICEPRESIDENCIAS Y CONSELLERIAS

- A) La Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas alega a los artículos 74 (que se utilice la expresión de "persona menor de edad" o "niño, niña o adolescente y que el apartado 3 se refiera expresamente a la Ley 26/2018, de 21 de diciembre) y 36 (que se utilice la expresión de "persona menor de edad" o "niño, niña o adolescente", en lugar de "menor"); así como que la totalidad del texto del proyecto se revise por la Unidad de Igualdad de esta conselleria proponente, para adecuarlo al lenguaje inclusivo.

1.- Se acepta. Queda la redacción del artículo 36.3.d):

"d) las consecuencias desfavorables de los hechos para la ciudadanía en general o para las personas menores de edad o colectivos que puedan entenderse como más sensibles al riesgo de ludopatía, conforme a estudios o análisis objetivos y publicados;"

2.- Se acepta lo relativo a las referencias a la persona menor de edad.

Así, quedan el título de la Sección Tercera y la redacción del artículo 74:

a) "Sección Tercera.- De las personas menores de edad".

b) "Artículo 74. Personas menores de edad

1. Cuando, durante la actividad inspectora, se sospeche o compruebe la presencia de una persona menor de edad, como jugadora o visitante en un establecimiento de juego en el que no debería habersele autorizado su entrada conforme a la legislación vigente, se procederá primeramente a su identificación, exigiéndole la exhibición del correspondiente documento acreditativo de la misma.
2. Comprobada la identidad y edad de dicha persona, a la que se le solicitarán los datos relativos a nombres, domicilios y teléfonos de la persona o personas que ostentaren su patria potestad o representación legal, se intentará inmediatamente establecer contacto con estas, para comunicarles lo acaecido, conforme al anterior apartado 1. Si la patria potestad fuera compartida, bastará con informar a una de ellas.
3. Si la persona menor de edad se negare a facilitar los datos para su propia identificación o los de la persona que ostente su patria potestad o representación legal, o no fuere posible contactar directamente con estas últimas, deberá actuarse conforme a la normativa de menores, para conocer su situación y puesta a disposición de quien proceda."

En cuanto a la expresa mención de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, no se considera necesaria su inclusión, ya que a lo largo de la redacción del texto del proyecto se ha intentado evitar, en la mayor medida posible, la identificación en concreto de las normas con las que guarde relación cada precepto, dejando que sea el derecho positivo, vigente en cada momento, el que determine las acciones o autoridades que procedan (como, en este caso, la normativa de protección de menores).

3.- Se acepta. Se dará traslado del texto del proyecto, a la Unidad de Igualdad, para su revisión.

- B) La Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública efectúa alegaciones sobre el artículo 15 (práctica de notificaciones y referencia al padrón municipal) y la utilización del concepto de "expediente sancionador", en lugar de "procedimiento sancionador" en varios preceptos del proyecto (19.2, 20.2 y 3, 30 (Enunciado y párrafo 1) y 45.

1.- No se acepta. Se coincide plenamente con lo señalado en la alegación respecto a la aplicación del artículo 14 de la Ley 39/2015 y del 41 y siguientes del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, en cuanto a las comunicaciones y notificaciones electrónicas, por ya encontrarse suficientemente reguladas en las mismas.

Y, por ello, el artículo 15 tiene por objeto, precisamente, las comunicaciones que no se efectúan por medios electrónicos, pretendiendo actuar, en su apartado 1, como recordatorio o aviso, para la instrucción, de la evolución de los criterios de la jurisprudencia administrativa para el cumplimiento de la obligación de notificación, en el sentido de que deberá dar preferencia a la notificación personal sobre la publicación, a la que solo deberá acudir tras agotar los otros medios.

En cuanto a la referencia específica al "padrón municipal", también es fruto de la evolución jurisprudencial, sin que ello suponga la exclusión de cualquier domicilio o base de datos a que la administración valenciana tenga acceso, pues el inciso, después de referirse al padrón municipal, termina con "(...) cualquier otro que conste a efectos oficiales". En consecuencia, el domicilio podrá obtenerse del padrón

o de cualquier base de datos oficial legítimamente accesible, incluida la de la Agencia Valenciana Tributaria (*sic*).

2.- No se acepta. Aun compartiéndose la aportación, en la actualidad parece más tratarse de una cuestión meramente semántica que conceptual de consecuencias jurídicas diferenciadas.

Sin perjuicio del mayor uso del término "procedimiento sancionador" – repárese que, incluso, a lo largo del articulado de este proyecto de decreto- tanto la Ley 39/2015, estatal, o la autonómica 1/2020, como la jurisprudencia administrativa siguen contemplando ambos conceptos de forma indiscriminada, sin que quepa considerarlos incompatibles, contradictorios o susceptibles de generar confusión, como de hecho viene a poner de manifiesto la utilización a la que acude la propia ley valenciana de regulación del juego y prevención de la ludopatía (artículo 70.2).

- C) La Delegación de Protección de Datos, de la Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática, efectúa alegaciones sobre los apartados 1 y 2 del artículo 6; suprimir el apartado 3, del artículo 8; añadir determinada precisión al artículo 13; y adicionar un nuevo apartado al artículo 52.

1.- Se acepta. Queda la redacción del apartado 1, del artículo 6, como sigue:

"1. El tratamiento de los datos recogidos tendrá por exclusiva finalidad garantizar el eficaz ejercicio de las facultades vinculadas a la potestad investigadora o sancionadora de la administración del juego de la Generalitat; resultando, igualmente, lícito su tratamiento con fines de archivo en interés público, que se someterá a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y en el Reglamento (UE) 2016/679."

2.- No se acepta. Sin perjuicio de que resulte obligatorio para el funcionariado el conocimiento de toda la normativa a la que puedan alcanzar sus tareas, se considera conveniente mantener el apartado 2, del artículo 6, al objeto de que en la aplicación del reglamento se tenga presente que podrá acudir a la disociación o la anonimización de los datos, según sea el caso.

3.- No se acepta. Sin perjuicio de que resulte obligatorio para el funcionariado el conocimiento de toda la normativa a la que puedan alcanzar sus tareas, se considera conveniente mantener el apartado 3 del artículo 8, para que sirva de recuerdo a la gestión sobre los únicos fines a los que puede aplicarse un plazo indeterminado de conservación de datos personales, y de que, además, en ese caso, deberá bloquearse la información.

4.- Se acepta. Queda la redacción del artículo 13.

"Artículo 13. Principio de acceso permanente

El procedimiento sancionador se desarrollará de acuerdo con el principio de acceso permanente. En cualquier momento del procedimiento, hasta el trámite de audiencia, las personas interesadas tienen derecho a conocer el estado de su tramitación, así como a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en el expediente que sean relevantes para el ejercicio de sus derechos."

5.- Se acepta. Corregido el presunto error -advertido en la redacción facilitada por la Delegación de Protección de Datos- se añade un nuevo apartado, el 5, al artículo 52, con el siguiente texto:

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

“5. En el ejercicio de la función inspectora, cuando los datos no se obtuvieren directamente de la persona interesada, y de conformidad con el apartado 5 del artículo 14 del Reglamento (UE) 2016/679, no será obligatorio cumplir con las obligaciones del deber de informar regulado en el citado artículo, en la medida que la comunicación de dicha información pudiera imposibilitar u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de tal función”.

EL DIRECTOR GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO