

Tipicidad y concordancia de los hechos imputados con la conducta infractora en la jurisprudencia contenciosa de consumo

Encarna Cordero Lobato
Profesora Titular de Derecho Civil
UCLM

El principio de tipicidad exige que entre los hechos imputados y la conducta infractora descrita en la norma exista una plena concordancia (cfr., sobre procedimientos de consumo, las SSTSJ Madrid 1 diciembre 1998, RJCA 1998\4650; Baleares 18 abril 2000, RCJA 2000\889; Valencia 24 octubre 2005, JUR 2006\109291¹; a las que después nos referimos). De este modo, no se infringe este principio cuando la descripción de los hechos por los que se sanciona es perfectamente aplicable a la dicción literal del precepto aplicado.

Por ejemplo, si la norma tipifica el incumplimiento por omisión o inexactitud de lo establecido en determinada normativa sobre declaraciones de cosecha, elaboración, existencias, crianza y envejecimiento de vinos, respeta el principio de tipicidad la resolución que la aplica a los hechos que consisten

¹ Muy elocuente es el TSJ Valencia en esta sentencia al indicar que “el principio de tipicidad de las infracciones, expresamente regulado en el art. 129 de la Ley 30/1992, en cuanto manifestación del principio de legalidad proclamado por el artículo 25.1 de la Constitución, impide que los órganos sancionadores actúen frente a comportamientos que estén fuera de los límites que marca la norma sancionadora, y exige que exista una precisa correlación entre el ilícito y la acción imputada, mediante una correcta y adecuada subsunción de los hechos probados en el tipo sancionador aplicado. La calificación de la infracción administrativa, referida a actos u omisiones concretas, no es facultad discrecional de la autoridad sancionadora, sino propiamente actividad jurídica de aplicación de normas, que exige como presupuesto jurídico el encuadre o subsunción de la falta incriminada en el tipo predeterminado legalmente. La finalidad de la tipicidad es dar a conocer anticipadamente al posible sujeto pasivo de una infracción la concreta obligación cuyo incumplimiento configura el ilícito administrativo”.

en haber efectuado declaraciones erróneas sobre etiquetado, contraetiquetado y precintado de determinadas cantidades y categorías de vino (SAN 4 abril 2001, RJCA 2001\1230).

Formularemos a continuación algunas reglas que se pueden extraer de los pronunciamientos jurisprudenciales en los que se han planteado problemas relativos a la coincidencia entre el hecho sancionado y la conducta infractora descrita en la norma.

A) El hecho sólo es subsumible en el tipo si concurren todas las circunstancias que lo definen, sin que quepa la aplicación analógica ni extensiva. Así, por ejemplo:

- En la STSJ Andalucía 18 enero 1999 (RJCA 1999\509) se estimó que la infracción tipificada en el art. 2.4.2 del RD 1945/1983, que califica como infracción muy grave la preparación, distribución, suministro o venta de alimentos que contengan gérmenes, sustancias químicas o radioactivas, toxinas o parásitos capaces de producir o transmitir enfermedades al hombre o que superen los límites o tolerancias reglamentariamente establecidas en la materia no es de aplicación a la conducta consistente en la existencia de sulfametazima, que o es germen ni sustancia química o radioactiva, toxina o parásito capaz de producir o transmitir enfermedades, por lo que se estimó más ajustado a derecho su inclusión entre las infracciones leves tipificadas en el art. 2.1.1 del RD 1945/1983, descrita como incumplimiento de los requisitos, condiciones, obligaciones o prohibiciones de naturaleza sanitaria determinados en la normativa a la que se refiere el art. 1 del RD 1945/1983, y en la que tendría perfecta cabida el RD 1262/1989, relativo a residuos en los animales y carnes frescas.
- De este modo, *si la norma tipifica como infracción la introducción de indicaciones falsas, o que induzcan a confusión, no es típica la conducta de quien incluye informaciones no obligatorias que no son falsas.* Por ejemplo, en la STSJ Castilla y León 16 julio 2001 (RJCA 2001\1085) la indicación del grado de curación del queso, que no es una información obligatoria, no es la conducta tipificada por la norma que sanciona la introducción de

indicaciones falsas o engañosas en las etiquetas de quesos. En el bien entendido de que *esta regla sólo es aplicable cuando la norma permite la introducción de información adicional a la exigida con carácter obligatorio, y no cuando esta última es una lista cerrada de información a suministrar con el producto* (cfr. SAN 8 mayo 2002, RJCA 2003\204²).

- Igualmente, **si la norma tipifica la comercialización de productos sin autorización administrativa, no puede entenderse comprendida aquí la conducta de quien comercializa productos sin inscribirse en un registro administrativo.** Así, en la STSJ Valencia 24 octubre 2005 (JUR 2006\109291) el supuesto de autos la resolución sancionadora imputaba a la recurrente la comisión de una infracción grave tipificada en el art. 15.b) de la Ley de la Generalitat Valenciana 12/1994 consistente en "La elaboración, distribución o venta de productos, materias o elementos de o para el sector agroalimentario, sin que el titular de la industria o actividad posea la preceptiva autorización, cuando legalmente sea exigible la misma", siendo los hechos cuya perpetración se atribuía a aquélla "carecer de inscripción en el Registro Oficial para la Fabricación, Comercialización y Utilización de Plaguicidas". El Tribunal estima que de lo expuesto se desprende sin ningún género de dudas que los referidos hechos no pueden ser subsumidos en el tipo legal citado, de modo que, dado que en el procedimiento sancionador está proscrita la interpretación extensiva de los tipos, hay que concluir que la Administración ha vulnerado el principio de tipicidad.

² En el caso, relativo a infracciones en materia de denominaciones de origen, la parte recurrente alegaba violación del principio de tipicidad, toda vez que, a su juicio, ni la ley ni el reglamento prohibían el uso de la expresión «madurando seis meses» ni ilustración en las barricas. Añadía, además, que con posterioridad a los hechos enjuiciados se habían presentado ante el consejo regulador los etiquetados, por lo que no se había cometido infracción alguna. La AN descarta la prosperabilidad de tales razonamientos con el argumento –entre otros- de que a la fecha de los hechos las etiquetas no estaban autorizadas, aunque con posterioridad se hubieran presentado nuevos diseños de etiquetas para su autorización.

B) Si concurren todas las circunstancias del tipo, existe infracción aunque en el hecho existan otras circunstancias no contenidas en el tipo, que son, por ello mismo, irrelevantes. Así, por ejemplo:

- *Si existe publicidad de medicamentos sin la preceptiva autorización previa, son irrelevantes las condiciones particulares en que tal publicidad se haga.* En la STSJ Islas Baleares 18 abril 2000 (RJCA 2000\889), ante la realidad de la publicidad de medicamentos denunciada, consistente en la colocación de un cartel en el que se comparaban los precios de los diversos medicamentos en Alemania y en España, suponía un reclamo para que los turistas alemanes adquiriesen dichos productos y en consecuencia, una clara incitación a la compra o consumo de tales productos, que escapaba del ámbito propio de la información que debe presidir la conducta de un farmacéutico y el interés público prevalente que tienen las oficinas de farmacia, sin que la situación del caballete –al parecer colocado en la terraza privativa– supusiera circunstancia modificativa alguna de la infracción imputada, esto es, la publicidad destinada al público de medicamentos sin contar con la autorización previa, debidamente tipificada en la regulación sobre publicidad de medicamentos.
- Otro ejemplo. *Si se comercializan juguetes sin la marca CE y sin instrucciones de uso en castellano, es irrelevante que existan instrucciones en francés.* Así, la STSJ Aragón de 15 febrero 2000 (RJCAA 2000\1226), que añade que a ello no cabe objetar que no consta en la regulación aplicable quién es la persona responsable de incluir las instrucciones, pues lo que resulta claro de esta regulación es que para la comercialización del juguete en cuestión se precisa que el mismo sea acompañado de instrucciones en castellano.
- Igualmente, *si se incumplen las obligaciones de información y demás que el RD 515/1989 impone al promotor, es irrelevante que la modificación de obra fuera aprobada por los técnicos, pues ello no excusa al vendedor de su obligación de no imponer modificaciones no consentidas.* Así se estimó en la STSJ Castilla-La Mancha 4 enero 2001 (RJCA 2001\930), conforme a la cual “integrada pues la memoria del calidades de la vivienda de un

edificio promovido por la hoy recurrente en el contrato es evidente que las características y calidades ofrecidas eran perfectamente exigibles y su incumplimiento constituye un incumplimiento contractual, pero también un incumplimiento de las disposiciones propias de la Ley y del Real Decreto 515/1989... que ha de calificarse de infracción administrativa de acuerdo con lo establecido en el artículo 34.10 de dicha Ley en relación con el artículo 11 de dicho Real Decreto, sin que por ello pueda ser acogido el recurso basado en que la conducta estaba justificada por una modificación aprobada por los técnicos -Arquitectos- de la obra promovida y que por ello no sería, según la tesis de la demanda, imputable a la recurrente, que únicamente era la promotora... pues en modo alguno se justifica que la modificación fuera más beneficiosa para el adquirente de la vivienda, sin que resulte posible imponerle modificaciones de las prestaciones incluidas en la memoria de calidades no consentidas por el mismo ni descargarse la responsabilidad en otros sujetos -técnicos o empresa constructora- por la parte empresarial que en su condición de promotora y de vendedora era la responsable contractual del cumplimiento de las prestaciones ofertadas e integradas en el contrato y la responsable además de acuerdo con la Ley 26/1984 y con el Real Decreto 515/1989...”.

- *Si la norma sanciona la utilización en la alimentación animal de sustancias prohibidas por conllevar un riesgo para la salud pública, es irrelevante que la sustancia se haya ingerido por prescripción veterinaria y también que se haya detectado en el ojo del animal y que éste no sea comestible, pues la existencia de la misma en el ojo cualquiera que sea su causa revela su utilización en la alimentación del animal, que es, precisamente, la conducta prohibida.* Así se concluyó en la STSJ Cataluña 26 mayo 2001 (RJCA 2001\1047), en un caso de presencia de clenbuterol, donde se estimó que, dado que los alimentos de origen animal (carne, pescado, leche, huevos) forman parte de la dieta habitual de la mayoría de la población y son consumidos por personas de todas las edades, incluyendo niños de corta edad, y tanto por las personas sanas como por las afectadas de alguna enfermedad, es erróneo pensar que los medicamentos, aun cuando se hallen

autorizados, carecen de riesgo, por cuanto la prescripción de un medicamento ha de tener en cuenta la valoración del riesgo/beneficio para el enfermo, que acepta voluntariamente el tratamiento médico, siendo inadmisibile, desde el punto de vista de la salud pública, que los consumidores, de forma involuntaria, ingieran con los alimentos residuos de medicamentos por encima de los límites autorizados, porque tal conducta pone en riesgo la salud de la población, al no tener en cuenta la edad, peso, estado de salud y otras circunstancias particulares que inciden en los potenciales consumidores del producto animal. Con respecto al hecho de que el clenbuterol se hubiera detectado en el ojo, el Tribunal se refiere a estudios que afirman que la ausencia de residuos en el ojo ofrece un elevado nivel de garantía de ausencia en el resto de los tejidos del organismo cuyo límite máximo de residuos ha de ser nulo al tratarse de una sustancia prohibida, añadiendo que evidentemente su posible puesta de manifiesto dependerá de la sensibilidad de la técnica analítica empleada. Se añade también que la entidad recurrente no ha probado que la existencia de residuos en el ojo implique o pueda implicar su ausencia en el resto de tejidos del animal, y si es así a partir de qué nivel implicaría su ausencia. El Tribunal concluye que incluso si se demostrara la ausencia total de clenbuterol en la carne considerada comestible y ésta sólo se hallara en el ojo, la conducta se halla plenamente tipificada en la norma aplicada por cuanto éste sanciona el “utilizar productos zoonosanitarios y fitosanitarios no autorizados, emplear los autorizados en cantidad superior a la permitida, o no suprimir dichos productos en los plazos obligatorios cuando se regule su uso con esta condición”.

- *Si la norma no sólo tipifica como ilícito el suministro de determinadas sustancias a los animales sino también la comercialización o industrialización de carne de animales con determinadas sustancias, entonces es irrelevante que la sustancia [clenbuterol] pueda ser un resto que dejara un tratamiento veterinario. Así se ha estimado en diversas sentencias (SSTSJ Cataluña 2 junio 2001, RJCA 2001\1201; Cataluña 22 noviembre 2001, RJCA 2002\650; Castilla y León 6 febrero 2004, RJCA 2004\680; Cataluña 15 febrero 2002, JUR*

2002\250568), en las que se ha añadido que el tratamiento de los animales, afectados por prescripción veterinaria, con medicamentos que pudieran dejar restos de clenbuterol no constituye causa de exoneración de responsabilidad del propietario de los animales, pues no se tipifica sólo como ilícito el hecho de suministrar al animal determinadas sustancias prohibidas, sino también proceder a comercializar o industrializar su carne, lo que evidencia, en todo caso, que no se ha respetado el tiempo de espera suficiente anterior al sacrificio.

- Si la norma prohíbe la existencia de determinadas sustancias, sin determinar porcentaje ni cantidad, se da el tipo cuando se presentan estas sustancias, cualquiera que sea su cantidad. En este sentido, la STSJ Castilla y León 6 febrero 2004 (RJCA 2004\680).
- Si se contraviene la norma que obliga a exhibir el precio de las mercancías que se encuentran expuestas a la venta en los escaparates es indiferente que la lista de precios esté expuesta en el interior del local. Así se concluyó en la STSJ Canarias 3 octubre 1998 (RJCA 198\3079), en la que se añadió que el designio de la norma es que los clientes puedan conocer el precio de los productos que son exhibidos en los escaparates sin necesidad de entrar en el establecimiento. Y a estos efectos es indiferente que las listas de precios sean expuestas en el interior del local, pues sólo pueden verse si el cliente entra en el mismo, cuando precisamente lo que se pretende es que si decide entrar lo haga con información de lo que le van a costar los productos si decide adquirirlos.
- *Si, con independencia de su sacrificio, la norma tipifica el suministro de sustancias no autorizadas a los animales es indiferente que con ello no se cause daño al ganado ni tampoco al consumidor, pues los intereses de este último se preservan mediante el control preventivo realizado y también en el ulterior control sanitario que se efectúe en el momento del sacrificio del animal.* Es la conclusión que puede extraerse de la STSJ Cataluña 20 febrero 1998 (RJCA 1998\405), que añade que la

finalidad de la normativa sancionadora aplicada es la protección del consumidor en la fase originaria o de preparación del producto agrario, por lo que es indiferente que no existan los perjuicios arriba indicados pues la normativa aplicada no se contradice con la existencia de una doble barrera o protección del consumidor que opere tanto en la fase de preparación del producto agrario como en la de elaboración final que tiene lugar en el momento del sacrificio y despiece.

- *Si existe oferta y publicidad de viviendas dirigida al público se da el tipo configurado en la LCU y en el RD 515/1989, aunque la oferente y quien realiza la publicidad no sea el promotor sino una agencia inmobiliaria, pues nada exige la norma.* Así se estimó en la STSJ Castilla-La Mancha 23 julio 1998 (RJCA 1998\2486), según la cual no cabe duda de que la actividad de intermediación desarrollada por los agentes de la propiedad inmobiliaria se encuadra en el concepto de oferta y publicidad dirigida en este caso a la venta de determinadas viviendas que se estaban promoviendo por otra entidad, realizada de modo empresarial o al menos profesional y dirigida a consumidores, por lo que no cabe excluir del ámbito de aplicación de la norma un momento del proceso de captación de la voluntad de los consumidores y usuarios que es tan decisivo a efectos de una adecuada información de conformidad con las exigencias de dicha normativa.
- Un último ejemplo: el gestor de cooperativas está obligado a asegurar las cantidades anticipadas entregadas a cuenta de precio de venta, con total independencia del estado en que se hallen las obras (STSJ Madrid 7 febrero 2007, JUR 2007\154415).

C) Pero si no concurren todas las circunstancias del tipo, no hay infracción aunque en el hecho existan otras circunstancias no contenidas en el tipo, que, por esta razón, también son irrelevantes. Por ejemplo:

- Si la norma sanciona la negativa o resistencia a suministrar datos o facilitar la información requerida por las autoridades

competentes o sus agentes en orden al cumplimiento de determinadas funciones de información, vigilancia, investigación, inspección, tramitación y ejecución, así como el suministro de información inexacta o documentación falsa, entonces no es típica la conducta de quien se limita a no poner en conocimiento de las autoridades la existencia de una enfermedad contagiosa en la explotación (STSJ Cataluña 24 octubre 2005, RJCA 2006\181).

- Otro ejemplo: en un servicio de alojamiento turístico, no hay infracción de las condiciones pactadas si el consumidor dispuso de una habitación triple, aunque no fuera con tres camas, pues esto último no se pactó especialmente. Así se estimó en la STSJ Madrid 5 octubre 1998 (RJCA 1998\4000).
- Si la norma sanciona la conducta de quien añade agua al vino, no puede sancionarse a quien simplemente lo comercializa, pues la conducta tipificada no es vender vino aguado sino añadirle agua (STSJ Castilla-La Mancha 25 enero 2006, JUR 2006\736623). El Tribunal añade que la conducta prohibida podría cometerse dolosamente (si se hubiera efectuado la alteración por el envasador o, sin haberla efectuado, se conociera que se había producido) o culposa (no conociéndolo, pero debiéndolo conocer, se pone el vino en circulación sin hacer las comprobaciones precisas para evitarlo), pero no se comprende cómo puede, por imprudencia, utilizarse una práctica prohibida consistente en adicionar agua al vino, pues las expresiones empleadas en la norma sancionadora comportan un evidente elemento de voluntad.

D) Lógicamente, en las infracciones de peligro no es preciso que conste daño concreto alguno a ningún consumidor. Así, en la STSJ Castilla y León 6 febrero 2004 (RJCA 2004\680) se estimó que el art. 2.4.2 del RD 1945/1983 tipifica como infracción muy grave la preparación, distribución, suministro o venta de alimentos que contengan gérmenes, sustancias químicas o radioactivas, toxinas o parásitos capaces de producir o transmitir enfermedades al hombre o que superen los límites o tolerancias establecidas reglamentariamente en la materia, sin que el tipo aplicado exija que

conste perjuicio alguno para los eventuales consumidores y sí solo la posibilidad de que se produzca, tal sucede incuestionablemente en los casos en que, como en el enjuiciado, se detecta clenbuterol en las muestras recogidas.

E) La tipicidad excluye la posibilidad de que en materia sancionadora pueda operarse con presunciones y con juicios de inferencia. En la STS 4 diciembre 1992 (RJ 1992\9790) se estimó que cuando el ilícito aparece integrado por una norma de remisión con un cierto grado de imprecisión (“antifermentos no autorizados”), no basta para entender cometida infracción que las pruebas analíticas arrojen un resultado “positivo”, es decir, detecten la presencia en la muestra de vino analizada de antifermentos, sino es menester se concrete el tipo o clase de antifermentos y, bien por remisión a reglamentaciones técnicas, bien con apoyatura en dictámenes técnicos adecuados, se precise y aclare que los antifermentos hallados corresponden a los que, por su naturaleza, son no autorizados o prohibidos. *El juicio de inferencia deducido de pruebas realizadas por la Administración puede ser válido para obtener consecuencias en otros ámbitos pero no en el sancionador, en el que no deben operar las presunciones, sino las contrastadas imputaciones.* Lo contrario sería situar al ciudadano presuntamente infractor en una posición agravada de indagar y probar que los antifermentos no se hallaban impedidos, en cuanto tolerados, por la norma, lo que vulnera el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

Ahora bien, el TS también ha sostenido que la presunción de inocencia también puede desvirtuarse mediante la prueba de presunciones sobre hechos probados. En la STS 30 septiembre 1997 (RJ 1997\6466), se consideró que la presunción de inocencia es una presunción “iuris tantum” que impone la carga de la prueba a la autoridad que ejerce la potestad sancionadora, pero que tal presunción puede, sin embargo, ser desvirtuada mediante la prueba de presunciones, esto es, a través de unos hechos probados a partir de los cuales, mediante presunciones basadas en la lógica y la razón humana así como en el común entendimiento y experiencia, se lleguen a considerar acreditados los que constituyen la infracción. En el caso, la prueba de presunciones sirvió para probar la existencia de

uno de los elementos del tipo: la intención fraudulenta del constructor en la construcción de viviendas con múltiples defectos constructivos.

F) En la STS 25 junio 1997 (RJ 1997\5310) se estimó que **si un hecho es encuadrable en varias infracciones, es más correcto elegir la infracción específica a la genérica**³. En el caso se había sancionado a una industria panificadora por el hecho de que dos manipuladores de alimentos se hallaban fumando en el local y todos los trabajadores carecían de gorro o prenda de cabeza. Estas circunstancias habían sido apreciadas como infracción leve incluida en el artículo 3.3.8 de RD 1945/1983, cuyo texto sanciona «el incumplimiento de las disposiciones sobre seguridad en cuanto afecten o puedan suponer un riesgo para el usuario o consumidor», precepto incluido entre los atinentes a la protección debida a este último. El TS considera que el encuadre legal de la sanción tipificada no resulta totalmente acertado, puesto que tales conductas son preferentemente encajables dentro del ámbito de las de carácter sanitario.

G) Como exponemos más ampliamente en el epígrafe 2.2.10 y en la parte de este trabajo destinada a la competencia en materia sancionadora, los **elementos del tipo de la infracción pueden determinar la Administración competente y, eventualmente, la norma que sea territorialmente aplicable, eficacia que no tienen las conductas que no integran el tipo, que no constituyen puntos de conexión para determinar la ley aplicable**. Por ejemplo:

- En la STSJ Cataluña 29 marzo 2001 (RJCA 2001\1494) se vino a estimar que si en ventas a distancia la norma sanciona la venta sin informar sobre el derecho de revocación o sin concederlo, la infracción se realiza total e íntegramente en el lugar en que se perfecciona el contrato y no en el territorio que constituye el domicilio social de la empresa, por mucho que sea éste el lugar en que se haya realizado actividades publicitarias, informativas, entrega y devolución del producto y el pago del precio, pues todas

³ No obstante, en el caso no se anuló la sanción impuesta porque se estimó que el defecto se subsanó cuando en la resolución sancionadora se incluyó una referencia genérica a la norma específica.

ellas son actividades extrañas al tipo de infracción. De este modo, el Tribunal reprocha a la Administración que la interpretación que la misma pretende, esto es, que el domicilio social de la empresa en Cataluña sería la base que justificaría el cumplimiento de la normativa sancionadora catalana, la obtiene delimitando un supuesto fáctico diferente del tipificado en el art. 5 f) de la Ley 1/1990 en relación con la Ley 26/1991, por cuanto incluye en el supuesto fáctico hechos extraños al tipo de infracción, pues los que concretamente integran y constituyen el tipo se han realizado totalmente e íntegramente en Lugo.

- En la STSJ Castilla-La Mancha 7 junio 2002 (RJCA 2002\790), en un caso en que se habían impuesto múltiples sanciones por publicidad engañosa en relación con el mismo producto, el Tribunal estimó que aunque el tipo permitiera atender al interés individual de cada consumidor (ya que el tipo se refería a “cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del producto o servicio”), ello no permitía estimar que no había *bis in idem* prohibido, pues ello daría lugar a una exacerbación contraria al principio de proporcionalidad. Como veremos en la parte relativa a la competencia territorial, se concluyó que la conducta debía ser sancionada por la Comunidad Autónoma que podía imponer una sanción mayor.

H) En materia sancionadora se aplica el principio *odiosa sunt restringenda*, que no coincide con el de *in dubio pro reo*, ya que, por el contrario, se trata de entender que **las normas sancionadoras se interpretan restrictivamente aunque no sean dudosas. De este modo, si se discute si la norma sancionadora es aplicable al hecho enjuiciado o si, por el contrario, el mismo estaría exento en virtud de una norma transitoria, ha de concluirse que se aplica la exención aunque no concurren todos los elementos previstos en la norma transitoria (STSJ Andalucía 25 octubre 2001, RJCA 2002\89⁴).**

⁴ Según la sentencia, aunque no debe dejar de reconocerse que la simple mención de uno de los nutrientes indicados en la etiqueta no aclare las propiedades nutritivas del producto si es que además de ese nutriente contiene otros, también es verdad que el principio de legalidad y el de tipicidad de las conductas infractoras en materia de Derecho sancionador, obliga a entender que basta la simple mención de uno solo de tales nutrientes, aunque el producto contenga más, si se trata de un producto en el mercado anterior al 1 de octubre de 1995 y que

I) Por último, el tipo puede integrar **conceptos jurídicos indeterminados** que habrán de ser llenados por la Administración con arreglo a las reglas generales de aplicación de las normas, lo que no constituye una potestad administrativa reglada y no discrecional, lo que estaría fuera de lugar en el ámbito sancionador. Así, por ejemplo, a la hora de determinar qué constituyen “riesgos para la salud y “posición en el mercado del infractor” que permitan la subsunción del hecho en el art. 35 LCU (STS 19 mayo 1993, RJ 1993\3183). Lo mismo sucede con la calificación de una cierta conducta como publicidad engañosa, a los efectos de incardinarla en la conducta tipificada en el art. 49.1 d) del TRLCU, donde las circunstancias del caso son de libre apreciación y valoración por el órgano sancionador. Por ejemplo:

- Puede constituir una publicidad engañosa la correspondiente a un curso de “ejecutivo de ventas”, al impartirse por un centro que utiliza la denominación de “instituto”, reservada a los centros públicos que imparten la educación secundaria, no conduciendo las enseñanzas impartidas por la recurrente a la obtención de un título con validez académica, lo que puede inducir a error o confusión a los usuarios acerca de la naturaleza del producto ofertado (STSJ Murcia 7 diciembre 1999, RJCA 1999\4457).
- También existe publicidad engañosa y fraudulenta en la venta de viviendas con incumplimiento de la obligación de informar sobre las reformas que se originen o que sean merecedoras de ocasionar una modificación del precio estipulado, por ejemplo, porque sean suprimidos en el edificio diversos portales y se constituyan algunas servidumbres (STSJ Cantabria 8 febrero 2000, RJCA 2000\477).
- Pero, sin embargo, no es publicidad engañosa la publicidad que exagera las propiedades de un producto, pues siempre

conforme al art. 5 del Real Decreto deba hacer constar las propiedades nutritivas de la manera que en él se dispone, para aplicar al producto en cuestión la disposición transitoria comentada, aplazando la obligación de las menciones del modo indicado hasta el día 1 de octubre de 1995.

que se produzca dentro de los límites de cierta razonabilidad, ello no supone fraude. Así, en la STSJ Madrid 1 diciembre 1998 (RJCA 1998\4650) se estimó que el producto cuestionado se ajustaba a los requisitos establecidos en la Reglamentación Técnico-Sanitaria, figurando en su etiquetado los datos exigidos en dicha reglamentación y que eran acordes y responden a su auténtica composición. A juicio de Tribunal, nos encontrábamos ante un supuesto en el que el producto no carece de las propiedades beneficiosas que de él se publican, aunque éstas obviamente se exageran, y que si bien es de advertir cierta exageración en los resultados del producto de referencia (tales como las relativas a que “perderá kilos sin esfuerzo y sin dietas ..., gane salud, perdiendo kilos y tallas...”), la publicidad consiste precisamente en destacar los aspectos más favorables del objeto de la misma, siendo lógico que los fabricantes del producto resalten con generosidad aquellas expectativas favorables de la aplicación del mismo que sirvan para una mayor aceptación del producto entre el consumidor, sin que ello suponga, en ningún caso, siempre que se produzca dentro de los límites de cierta razonabilidad, la concurrencia de verdadero fraude, como elemento subjetivo imprescindible para la comisión del ilícito.

J) Finalmente, expondremos algunos supuestos de falta de coincidencia entre los hechos y la conducta tipificada:

- Si sólo se exige licencia para una determinada actividad dentro del proceso de comercialización del producto, no se puede sancionar por desempeñar otras actividades si la posesión de licencia. Por ejemplo, si sólo se exige licencia a quien proceda a la reproducción de originales en video-cassettes, no se puede sancionar al que distribuye las copias sin licencia STS 26 febrero 1990, RJ 1990\1538).
- Si la infracción consiste en carecer de licencia no se puede sancionar por el solo hecho de que la licencia no conste impresa en el producto, pues la Administración debería haber probado que se carece de licencia (cfr. muchas SSTS sobre

material audiovisual: SSTS 23 marzo 1990, RJ 1990\2670; 9 mayo 1990, RJ 1990\4223; 20 julio 1990, RJ 1990\6730; 26 noviembre 1990, RJ 1990\9111; 4 febrero 1991, RJ 1991\1169).

- Si la Administración omite una circunstancia fundamental del hecho que sería determinante de su tipicidad, entonces la sanción es nula, pues no puede operarse con presunciones. Por ejemplo, cuando se sanciona por la utilización de anti fermentos en vinos, sin indicar su clase, siendo así que la norma sólo tipifica la utilización de anti fermentos no autorizados (STS 22 mayo 1991, RJ 1991\4338; STS 4 diciembre 1992, RJ 1992\9790).
- Las infracciones consistentes en obstaculizar la inspección y vigilancia son sancionables con independencia de que los hechos inspeccionados sean o no sancionables, pues de lo que se trata es de garantizar las funciones de vigilancia y control atribuidas a los inspectores. Es decir, para la correcta aplicación de la norma, el tipo no ha de integrarse con ninguna finalidad extralegal (STS 30 noviembre 1997, RJ 1997\9701). En contra, en la STS 25 junio 1997 (RJ 1997\5310) se estimó que la negativa a suministrar información no era constitutiva de infracción sin, finalmente, los hechos sobre los que la misma versaba no eran constitutivos de infracción.
- Como en materia sancionadora no cabe la analogía, sólo existe infracción si concurren todos los elementos del tipo. De este modo, si la norma tipifica la negativa a suministrar datos o información con el fin de cumplir las funciones de información, vigilancia, investigación, inspección, tramitación y ejecución de las obligaciones que la norma establezca, no constituye infracción la negativa a suministrar otra clase de información, por ejemplo, la negativa a comunicar al servicio de consumo la situación de una reclamación de un consumidor y la intención o no de la empresa de atender la reclamación. En las SSTSJ Andalucía 4 septiembre 2000 (RJCA 2000\2306) y 21 abril 2003 (JUR 2003\159763) se estimó que pero en modo alguno

puede considerarse incluido en las obligaciones de las empresas relacionadas con las funciones de inspección y vigilancia el comunicar a la inspección si decidía atender o no la reclamación del usuario y realizar la reparación reclamada por el mismo, pues se trata de un aspecto absolutamente ajeno a las funciones de inspección, y al producto o servicio a que se refería la reclamación, y relativo a una decisión de la empresa sobre el contencioso que mantenía con el cliente que es irrelevante para el adecuado ejercicio de las competencias administrativas, lo cual determina la vulneración del principio de legalidad que en su vertiente positiva exige un perfecto encaje entre los hechos imputados y la norma sancionadora aplicada que en este caso no concurre. Igualmente, si la norma tipifica como infracción grave la negativa absoluta a facilitar información o prestar colaboración a los servicios de control e inspección, no puede calificarse como tal el hecho que consiste en que la inspección sólo se obstaculizó parcialmente, pues ésta es otra infracción, leve (STSJ Andalucía 21 julio 2003, RJCA 2003\958).

- La alteración o fraude en bienes y servicios tipificada en el art. 49.1 d) del TRLCU (y correlativos del RD 1945/1983) no es el incumplimiento de cualquier obligación contractual o legal. Así, por ejemplo, en un caso en que cuando sólo faltaban 6 días para el inicio del viaje la agencia de viajes había cambiado los destinos alegando que no contaba con el número mínimo de inscripciones, y contraviniendo con ello una Orden Ministerial que exigía que la modificación fuera comunicada con 10 días de antelación al inicio del viaje, el TSJ Madrid en sentencia de 3 diciembre 1998 (RCJA 1998\4785) estimó que para que pueda entenderse que un hecho es sancionable, es preciso que haya, alteración, adulteración o fraude, y en el caso enjuiciado nada de ello existía al producirse la actuación de la entidad sancionada simplemente porque no tuvo el número de viajeros necesario, sin que el retraso en la comunicación de lo sucedido pudiera considerarse circunstancia suficiente para apreciar aquella idea fraudulenta recogida en la legislación de consumo. A juicio del Tribunal, existió sólo una irregularidad no

prevista en la Ley, al haber ofrecido la empresa otro viaje a los denunciantes (que, por cierto, realizaron). No obstante, téngase en cuenta que existen sentencias que sí presumen el fraude, como elemento subjetivo del tipo, cuando los incumplimientos son numerosos, por ejemplo, cuando existen múltiples deficiencias constructivas en las viviendas enajenadas (STS 30 septiembre 1997, RJ 1997\6466).

- La utilización de letra pequeña, aunque pueda inducir a error, no constituye fraude. Así se estimó en la STSJ Madrid 3 diciembre 1998 (RJCA 1998\4785), en un caso en que una agencia de viajes había sido sancionada por cambio de hoteles de los finalmente contratados. La Sala estimó que la realidad era que el folleto indicaba unos hoteles, pero luego, en letra muy pequeña que casi no se lee se refería a “estancia en hoteles indicados o similares en habitaciones dobles con baño o ducha”. En suma, sutilmente la empresa decía la verdad, aunque en tal forma que podía inducir a error. No obstante, se concluye que como es verdad que quien contrata debe leer con detenimiento todas las cláusulas no puede decirse que se incumpla lo contratado cuando se aloja a los viajeros en hoteles de la misma ciudad y clase, aunque diferentes de los que constaban en el folleto.
- La resolución sancionadora es nula cuando resulta imposible colegir cuál es la conducta realmente sancionada y si la misma constituye efectivamente una infracción predeterminada con suficiente precisión en una norma con rango de ley. Por ejemplo, cuando en la resolución se imputa la comisión de determinadas “irregularidades” que no son subsumibles en infracción alguna y cuando la imputación de los hechos es tan indeterminada que no puede establecerse con certeza cuáles es su régimen jurídico (STSJ La Rioja 9 noviembre 1998, RJCA 1998\4365, en un caso en que ni siquiera quedaba claro si se trataba de un supuesto de venta en rebajas o de venta en promoción de ciertos productos).

- Otros supuestos relativos a coincidencia entre los hechos y la conducta infractora son los siguientes: como –de acuerdo con la LOE- el gestor de cooperativas está obligado a asegurar las cantidades adelantadas en la construcción y venta de viviendas, es típica la conducta del gestor de cooperativas que recibe cantidades sin asegurarlas (STSJ Madrid 7 febrero 2007, JUR 2007\154415). La venta de aceite que rebasa cierto porcentaje de eritrodiol impide comercializarlo como aceite de oliva virgen (de oliva refinado o de oliva puro), pues ello constituye un fraude a los consumidores que lo adquieren en la confianza de que no rebasa el porcentaje de eritrodiol que la norma les garantiza (STS 12 julio 1996, RJ 1996\5974). La conducta de la agencia de viajes que incumple la obligación de observar en sus propios términos los acuerdos a que hubieren llegado con sus clientes, incumpliendo condiciones de calidad y de cantidad del servicio contratado (cambio de hotel, supresión de servicios, etc.) constituye un fraude en la prestación de bienes y servicios tipificado en el art. 49.1 d) del TRLCU y concordantes del RD 1945/1983 (STSJ Madrid 12 junio 1998, RJCA 1998\2241). Constituye un hecho encuadrable en el tipo del art. 3.3.6 del RD 1945/1983, por falta de información al consumidor, la conducta del taller que reiteradamente da largas al consumidor con el objeto de que éste desista de una petición legítima (STSJ Castilla y León 9 septiembre 1997, RJCA 1997\1747). Los servicios de reparación de inmuebles se encuentran sujetos al TRLCU y pueden ser constitutivos de infracción por fraude en la prestación de bienes y servicios, pues el art. 49.1 d) del TRLCU también comprende el arreglo o reparación de productos de naturaleza duradera, entre los que han de incluirse los elementos constructivos de un inmueble (STSJ Cantabria 23 mayo 1997, RJCA 1997\970). Igualmente, la conducta de la empresa que, pese a sus dificultades económicas, sigue contratando la prestación de servicios de enseñanza de inglés que se pagan por anticipado por los consumidores, si no es reveladora de engaño, sí al menos de una imprudente situación que induce a confusión al alumnado, que desconoce la situación y, por tanto, no pudo contratar los

servicios de aprendizaje cuestionados con conocimiento de todas las circunstancias del caso, lo que permite que la conducta sea sancionada en el tipo relativo al fraude y la inducción de confusión en los consumidores sobre los bienes y servicios que contratan (dos SSTSJ Galicia 30 junio 2006, JUR 2007\208396 y JUR 2007\225296).