

TIPIFICACIÓN Y COMPETENCIA EN EL DERECHO SANCIONADOR DE CONSUMO

**Un estudio de la
jurisprudencia contencioso-administrativa**

**Encarna Cordero Lobato
Profesora Titular de Derecho Civil**



www.uclm.es/cesco

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Abril de 2008

ÍNDICE

ABREVIATURAS

1. INTRODUCCIÓN

2. PRIMERA PARTE: TIPIFICACIÓN SANCIONADORA EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA SOBRE CONSUMO

2.1. Introducción al principio de tipicidad en derecho sancionador general

2.1.1. Las diversas proyecciones del principio de tipicidad en materia sancionadora

2.1.2. El régimen legal

2.1.3. Principio de tipicidad *versus* principio de legalidad

2.1.4. Predeterminación normativa de las infracciones y de las sanciones

2.1.5. La potestad reglamentaria y el principio de tipicidad

2.1.6. La situación particular de las ordenanzas municipales

2.1.7. El problema de las leyes penales en blanco

2.1.8. Tipicidad y habilitaciones en blanco a la Administración

2.1.9. El principio de tipicidad en la aplicación de las normas sancionadoras

2.1.10. Los reglamentos preconstitucionales

2.1.11. La culpabilidad como elemento del tipo

2.1.12. La lesión de un bien jurídico como fundamento del *ius puniendi*

2.1.13. El principio de tipicidad en las reglas sobre el procedimiento administrativo sancionador

2.2. El principio de tipicidad en la jurisprudencia sancionadora de consumo

2.2.1. Ámbito de aplicación del principio: procedimientos sancionadores de consumo y otros procedimientos administrativos relativos al consumo. Las relaciones especiales de sujeción.

- 2.2.2. El principio de tipicidad en la elaboración de las normas, en su aplicación y en el procedimiento administrativo sancionador
- 2.2.3. Un problema superado: la validez del RD 1945/1983
- 2.2.4. Las habilitaciones en blanco a la Administración de consumo
- 2.2.5. La predeterminación normativa
- 2.2.6. El auxilio del reglamento en la predeterminación normativa
- 2.2.7. En particular, las leyes penales en blanco en el ámbito del Derecho de consumo
- 2.2.8. El principio de tipicidad en la aplicación de las normas sancionadoras

- 2.2.8.1. Concordancia de los hechos imputados con la conducta infractora
- 2.2.8.2. La culpabilidad como elemento subjetivo del tipo
- 2.2.8.3. La lesión de un bien jurídico como elemento del tipo
- 2.2.8.4. La calificación de la infracción atendiendo a su gravedad
- 2.2.8.5. La tipicidad de las sanciones. Determinación de la sanción aplicable
- 2.2.8.6. La determinación de las sanciones de cuantía variable

- 2.2.9. El procedimiento sancionador de consumo y el principio de tipicidad
- 2.2.10. Un problema de competencia: las tipificaciones concurrentes

3. SEGUNDA PARTE: COMPETENCIA SANCIONADORA EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA SOBRE CONSUMO

- 3.1. Introducción a la competencia sancionadora en materia de consumo
- 3.2. La competencia sancionadora material sobre consumo: infracciones de consumo e infracciones sectoriales

3.2.1. Los sectores concurrentes en la jurisprudencia

- 3.2.1.1. Productos alimenticios
- 3.2.1.2. Libros

3.2.1.3. Actividades de promoción de ventas y modalidades de venta

3.2.1.3.1. Ventas en rebajas

3.2.1.3.2. Promoción de ventas mediante juego

3.2.1.3.3. Venta a pérdida

3.2.1.4. Vivienda. Las Viviendas de Protección Oficial

3.2.1.5. Gasolineras

3.2.1.6. Energía eléctrica

3.2.1.7. Telecomunicaciones

3.2.1.8. Banca, entidades de crédito, de inversiones y valores

3.2.1.9. Seguros, planes y fondos de pensiones

3.2.1.10. Servicios turísticos

3.2.1.11. Servicios profesionales de colegiados

3.2.1.12. Centros privados de enseñanza

3.2.1.13. Establecimientos comerciales destinados a niños y jóvenes

3.2.2. Los criterios de resolución de la concurrencia

3.2.2.1. Criterios utilizados por la jurisprudencia contencioso-administrativa

3.2.2.2. El problema a la luz del artículo 47.3 del TRLCU.

3.2.3. El vicio de incompetencia por razón de la materia

3.3. La competencia sancionadora territorial sobre consumo

3.3.1. Introducción

3.3.2. La competencia territorial en la jurisprudencia sobre los procedimientos sancionadores de consumo

3.3.2.1. Regla general: el lugar de comisión de la infracción

3.3.2.2. El lugar de comisión de la infracción como medio para determinar la ley aplicable

3.3.2.3. Los elementos del tipo en la determinación del lugar de comisión de la infracción

3.3.2.4. El lugar de comisión de infracciones con efectos en distintas CCAA

3.3.3. El vicio de incompetencia por razón del territorio

3.3.4. El régimen establecido en el TRLCU

3.4. La competencia sancionadora por razón de jerarquía en materia de consumo

ABREVIATURAS

CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
LCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
RD	Real Decreto
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
SSTSJ	Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia
TRLCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

1. INTRODUCCIÓN

Una simple ojeada a los repertorios de jurisprudencia contencioso-administrativa en Derecho sancionador de consumo revela que, junto al principio de legalidad, la incompetencia del órgano administrativo sancionador y la falta de tipicidad del hecho sancionado constituyen los principales guiones argumentales de los recursos planteados en este ámbito. Si, en lugar de una simple ojeada, le dedicamos al tema una mirada más atenta, observaremos que esta reiteración argumental no es casual, pues probablemente nos encontremos ante los dos aspectos del procedimiento administrativo sancionador que son la causa del mayor desconcierto en esta clase de procedimientos: el principio de tipicidad, por las incertidumbres (e incluso sorprendentes consecuencias) que, en ocasiones, plantea su aplicación; y la competencia sancionadora, por las notables deficiencias de su régimen jurídico.

Al respecto -y sin perjuicio de una explicación más detallada que se ofrecerá a lo largo de este trabajo- baste mencionar ahora lo incierto que siempre ha sido en nuestro país determinar qué Comunidad Autónoma es territorialmente competente, pues cada Tribunal ha elaborado sus propias reglas para atribuir la competencia a las autoridades de consumo bien del lugar donde se consumó la infracción, con independencia del domicilio social¹, bien la del domicilio social del infractor, con independencia de dónde se detectó la infracción², habiendo Tribunales que ha optado por aplicar las reglas competenciales que rigen los procedimientos penales y -en particular, en las infracciones consistentes en la utilización de publicidad engañosa- la norma que, en caso de delitos conexos, atribuye la competencia a la Administración que puede imponer una sanción mayor³. En este panorama tan incierto, y que tanto dificulta la aplicación de la regla *non bis in idem*, ha habido incluso Tribunales que han escamoteado esta prohibición multiplicando los bienes

¹ SSTSJ Andalucía 21 septiembre 1998 (RJCA 1998\3434), Cataluña 29 marzo 2001 (RJCA 2001\1494), Madrid 28 abril 2003 (RJCA 2004\529).

² STS 31 diciembre 1988 (RJ 1988\10276), STSJ Madrid 14 mayo 1998 (RJCA 1998\1954).

³ STSJ Castilla-La Mancha 7 junio 2002 (RJCA 2002\790).

jurídicos tutelados por la norma sancionadora, para que -como en el milagro de los panes y los peces- todas las CCAA implicadas disfrutaran de competencia sancionadora⁴. Pese a que otra cosa pueda parecer, este problema no fue solucionado sino acrecentado por la nueva regulación sobre la competencia sancionadora de consumo que se introdujo en la LCU a través de la Ley 44/2006, que ha sido refundida en idénticos términos en el TRLCU, y conforme a la cual todas las CCAA que cuenten con algún punto de conexión con la infracción se consideran competentes.

Así viene a resultar del art. 47.2 del TRLCU, que dispone que «las infracciones se entenderán cometidas en cualquiera de los lugares en que se desarrollen las acciones u omisiones constitutivas de las mismas y, además, salvo en el caso de infracciones relativas a los requisitos de los establecimientos e instalaciones o del personal, en todos aquellos en que se manifieste la lesión o riesgo para los intereses de los consumidores y usuarios protegidos por la norma sancionadora».

Como decimos, nada facilita esta regla la aplicación del principio *non bis in idem*, pues la misma se encuentra huérfana de cualquier criterio temporal o de otro orden que sirva para determinar la preferencia entre las varias CCAA competentes. En el futuro, las decisiones de los Tribunales en este ámbito no habrán de ser sólo juicios sobre competencia sino también juicios sobre preferencia en el ejercicio de esa competencia concurrente.

Y no es más fácil la aplicación del *non bis in idem* en los casos en que las competencias concurrentes discutidas no son territoriales sino materiales, pues también aquí el Legislador de 2006 se limitó a expandir (o a reafirmar, pues los términos son bastante oscuros, como veremos) la competencia de consumo que coincida con otra competencia sectorial, sin establecer ninguna regla de preferencia entre las diversas Administraciones competentes.

Se trata de la regla, contenida hoy en el art. 46.7 del TRLCU, conforme a la cual «las autoridades competentes en materia de consumo

⁴ En la STSJ Castilla-La Mancha 7 junio 2002 (RJCA 2002\790), sobre la que volveremos, y ante la existencia de múltiples sanciones previas por publicidad engañosa en relación con el mismo producto, se estimó que ello no era constitutivo de *bis in idem*, pues, además de la protección de los consumidores como colectivo, se había de atender al interés individual de cada consumidor, que también las normas sancionadoras pretenden preservar, por lo que no existía la identidad de sujetos que es requisito para que se estime la existencia de *bis in idem*. No obstante, en la sentencia se considera que la imposición de múltiples sanciones sería contraria al principio de proporcionalidad y, como hemos visto anteriormente, concluye que la competencia corresponde a la Comunidad Autónoma que puede imponer una sanción mayor.

sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica».

Pero no es la competencia sancionadora el problema que va a ocuparnos en primer lugar. Por tratarse de un elemento del procedimiento sancionador de consumo que plantea demasiadas incertidumbres en un terreno tan poco propicio para la inseguridad jurídica, comenzaremos exponiendo la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre el principio de tipicidad en materia sancionadora de consumo.

2. PRIMERA PARTE: TIPIFICACIÓN SANCIONADORA EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA SOBRE CONSUMO

2.1. INTRODUCCIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD Y A SU SIGNIFICADO EN DERECHO SANCIONADOR GENERAL

2.1.1. Las diversas proyecciones del principio de tipicidad en materia sancionadora

Como hemos indicado, el principio de tipicidad o de taxatividad constituye un hilo argumental reiterado en la práctica generalidad de los recursos en materia sancionadora de consumo. A los rigores asociados a la especial configuración y exigencias que este principio presenta en general en materia sancionadora, se suman las singularidades propias, muchas de ellas verdaderamente problemáticas, que históricamente este principio ha planteado en Derecho sancionador de consumo.

Por ejemplo, la jurisprudencia todavía no ha justificado satisfactoriamente que respete el principio de tipicidad la norma que, en general, sanciona el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en el TRLCU y disposiciones que la desarrollan [art. 49.1 k) del TRLCU, que reproduce la regla establecida en el derogado art. 34.9 LCU]. Además, la jurisprudencia tampoco ha explicado coherentemente si la conducta antijurídica ha de haber sido culpable o si es admisible una responsabilidad objetiva en vía administrativo-sancionadora. También está por definir de forma indubitada cómo juega el ánimo fraudulento [tan próximo a multitud de sanciones de consumo, art. 49.1 d) del TRLCU], como elemento personal del tipo del injusto.

Por otra parte, los defectos de tipificación de las sanciones administrativas de consumo no siempre se deben a las incertidumbres que puedan plantear las leyes o una determinada orientación jurisprudencial, sino también, en algunos casos, a prácticas incorrectas del órgano instructor o del órgano encargado de resolver que tienen lugar a lo largo del procedimiento

sancionador de consumo. También es objetivo de este trabajo identificar estas deficiencias.

Éstas y muchas otras son las cuestiones que ocuparán esta parte del trabajo destinada al principio de tipicidad, que comenzará con una breve exposición sobre la significación del principio de tipicidad en materia sancionadora general.

2.1.2. El régimen legal

Sabido es que en Derecho administrativo sancionador son aplicables los principios generales que inspiran el Derecho penal⁵, aunque ello sea con ciertos matices⁶. Entre estos principios se encuentra el de tipicidad, regulado junto al de legalidad en el art. 25 CE, los arts. 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, a pesar de las reservas que el mismo merece, también en el art. 2 del RD1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

⁵ Así lo estimó el TS y, desde sus primeros pronunciamientos en esta materia, también el TC (SSTC 2/1981, 18/1981): “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo..., hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25, en su número 3º, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o indirectamente impliquen privación de libertad... Los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución” (STC 18/1981). Similar es la jurisprudencia del TS; entre las últimas, aunque en otros ámbitos distintos del Derecho de consumo, las SSTS 21 febrero 2006 (RJ 2006\795), 5 mayo 2006 (RJ 2006\4052).

⁶ Como veremos más adelante, uno de estos matices se halla en el principio de legalidad, que no opera de igual modo en materia penal y sancionadora: “en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas, el alcance de la reserva de Ley no puede ser tan riguroso como en los tipos y sanciones penales en sentido estricto; y ello, tanto por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, como por el carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en determinadas materias, o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad” (STC 42/1987).

De acuerdo con lo establecido en estos preceptos, la tipicidad en materia sancionadora constituye un derecho fundamental (art. 25 CE) consistente en que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. De este modo, sólo constituyen sanciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley (art. 129.1 de la Ley 30/1992), y únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley (art. 129.2 de la Ley 30/1992).

No obstante lo anterior, la reserva de ley formal en materia sancionadora no impide que las disposiciones reglamentarias introduzcan modificaciones o graduaciones en el cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente, siempre que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes (art. 129.3 de la Ley 30/1992).

Evidentemente, y a pesar del tenor literal del RD 1398/1993, todo lo anterior impide que los Ayuntamientos puedan tipificar infracciones y sanciones (comparar con arts. 1.2 y 2.1 del RD 1398/1993)⁷, prohibición que, como explicaremos con detenimiento a lo largo de este trabajo, no puede escamotearse mediante el expediente de establecer cláusulas generales o indeterminadas de infracción, pues ello no sólo permitiría al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que propiciaría una adecuada especificación normativa (STC 61/1990), sino que, además, como ha considerado la doctrina, una formulación de ilícitos de tal amplitud es inadmisibles por la razón de que resultarían sancionadas conductas que no lesionan ningún bien jurídico⁸. Nuevamente, compárese todo ello con el criticable tenor literal del art. 2.1 del RD 1398/1993, que establece

⁷ Para GARCÍA DE ENTERRÍA / T.R. FERNÁNDEZ, el hecho de que el RD 1398/1993 prevea la posibilidad de que simples Ordenanzas Locales tipifiquen como infracciones y sanciones hechos y conductas constituye una previsión claramente ilegal, además de inconstitucional (*Curso de Derecho administrativo*, II, 1993, p. 176).

⁸ En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA / T.R. FERNÁNDEZ, “una formulación de ilícitos de tal amplitud no ha sido infrecuente, pero resulta inadmisibles desde la exigencia de tipicidad. Por de pronto, hay infracciones legales que no lesionan ningún bien jurídico ni representan ningún peligro social, respecto de las cuales el ordenamiento reacciona al margen del sistema de sanciones personales, e incluso permite con frecuencia subsanar” (*Curso...*, cit., II, pp. 176-177).

ciertas exigencias para los casos en que «las leyes prevean como infracciones los incumplimientos totales o parciales de las obligaciones o prohibiciones establecidas en ella»⁹.

Corolario de todo lo anterior es que las normas definidoras de infracciones y sanciones no sean susceptibles de aplicación analógica (art. 129.4 de la Ley 30/1992).

2.1.3. Principio de tipicidad *versus* principio de legalidad

Pese a sus íntimas conexiones, legalidad y tipicidad son principios diferentes: en sentido estricto, el principio de legalidad –que, como hemos visto, también exige, como el de tipicidad, la previa determinación normativa de las conductas y de las sanciones- requiere que la *lex previa* tenga el rango formal de Ley, de modo que la materia sancionadora está reservada a la ley. Así se desprende de lo establecido en el art. 53.1 CE, conforme al cuál sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales, como son las garantías contenidas en el art. 25 CE.

En efecto, como ha expresado en múltiples ocasiones el TC (SSTC 61/1990, 133/1999, 60/2000, 120/2000, 25/2002, 75/2002, 113/2002, 50/2003, 52/2003, 129/2003, entre muchas otras) y también el TS (SSTS 20 diciembre 1989, RJ 1989\9640; 5 febrero 1990, RJ 1990\853; 20 diciembre 1994, RJ 1994\10461¹⁰; 20 diciembre 1999, RJ 1999\9630), en sentido amplio, el principio de legalidad entraña una doble garantía, una de orden material y alcance absoluto, referida tanto al ámbito estrictamente penal como administrativo, que refleja la importancia de la seguridad jurídica en dichos campos limitativos de derechos y que supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones

⁹ El art. 2.1 del RD 1398/1993 exige que la aplicación de las graduaciones reglamentarias de los cuadros de infracciones y sanciones legalmente establecidas atribuyan a la infracción cometida una sanción concreta y adecuada cuando las leyes prevean como infracciones los incumplimientos totales o parciales de las obligaciones o prohibiciones establecidas en ella.

¹⁰ Según esta sentencia, “es indudable que los principios de legalidad y de tipicidad de infracciones y sanciones, son de plena aplicación al derecho administrativo sancionador. El primero, en cuanto exige que las normas administrativas sancionadoras tengan cobertura en una norma con rango de Ley, y el segundo, que, en realidad, constituye una segunda manifestación del principio de legalidad, exigiendo que todo acto u omisión penado como sanción, se halle claramente definido como falta gubernativa y proporcionalmente castigado”.

correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos («lex previa») que permitan predecir con suficiente grado de certeza («lex certa») aquellas conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; otra, de carácter formal, relativa a la exigencia de que exista una norma del suficiente rango que se identifica con el rango legal. No obstante, también puede considerarse que, aunque relacionadas, se trata de dos garantías diferenciables, identificadas, en su concepción clásica, como principio de legalidad, en el sentido de «reserva de ley», y principio de tipicidad, teniendo este último su propio contenido, como especial realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera sancionable, siendo, en definitiva, medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad junto a la exigencia de una «lex previa», la de una «lex certa».

2.1.4. Predeterminación normativa de las infracciones y de las sanciones

El principio de tipicidad no se satisface con la simple conexión material entre la conducta de los administrados y la conducta sancionada. Como regla general –y con las matizaciones que hacemos más adelante al tratar el problema de la ley penal en blanco- no basta que la norma, ni siquiera la norma con rango formal de Ley, sancione con carácter general el incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas. La tipicidad exige una descripción legal de la conducta específica a la que se conectará una sanción específica¹¹. Lo ha explicado con claridad el TC: el principio de tipicidad consiste en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción, porque la norma establezca con el suficiente grado de certeza las conductas que constituyen la infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa (cfr. SSTC 61/1990, 116/1993, 45/1994, 151/1997, 124/2000, 113/2002, 129/2003; entre las últimas, v. SSTC 297/2005, 301/2005, 129/2006). Así pues, las leyes

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA / T.R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., II, p. 176.

sancionadoras han de configurarse llevando a cabo el «máximo esfuerzo posible» (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (SSTC 151/1997, 218/2005).

De este modo, la función de garantía que está llamada a desempeñar el «tipo» de infracción se cumple, en términos generales, cuando la previsión normativa permite una predicción razonable del ilícito y de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la conducta que la norma considera como ilícita; esto es, puede considerarse suficiente la tipificación cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra (SSTS 5 diciembre 1990, RJ 1990\9910; 20 diciembre 1999, RJ 1999\9630). La exigencia de taxatividad en la predeterminación comporta que el legislador conforme los preceptos legales (integrados, en su caso, con el desarrollo reglamentario) de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida (STC 159/1986; STS 20 diciembre 1999, RJ 1999\9630).

Todo lo anterior no significa que esté vedada toda cláusula normativa pendiente de valoración, es decir, la introducción en la definición del tipo de conceptos jurídicos indeterminados, cuya delimitación permita un margen de apreciación, sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica que ello supone deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la sanción (STC 62/1982; STS 20 diciembre 1999, RJ 1999\9630). Lo cierto es que el uso de conceptos jurídicos indeterminados es inevitable y constitucionalmente lícito, con el límite de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan predecir con suficiente seguridad la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (SSTC 306/1994, 151/1997, 218/2005; SSTS 5 de octubre 1990, RJ 1990\8006; 20 diciembre 1999, RJ 1999\9630).

Por ejemplo, no son predicables estas cualidades de la resolución que califica el incumplimiento de los horarios de cierre de espectáculos públicos como infracción por desobediencia a los actos de la Autoridad o de sus agentes en cuanto estén destinados a garantizar el orden público, pues entre los horarios de cierre y el concepto indeterminado de orden público que garantiza teleológicamente la actuación administrativa no existe la conexión manifiesta e indubitada que permita entender cumplidas las exigencias del principio de tipicidad, pues no parece que pueda haber una razonable y evidente inducción de que bajo la expresión orden

público se debiera entender concretada y subsumida también toda conducta relacionada directa o indirectamente con el descanso de los ciudadanos y, en concreto, lo relativo al horario de cierre de los espectáculos públicos (SSTC 305/1993, 306/1994).

2.1.5. La potestad reglamentaria y el principio de tipicidad

Aunque el principio de legalidad no es objeto de este trabajo, la comprensión adecuada del principio de tipicidad exige considerar en qué medida la predeterminación normativa de las conductas y las sanciones puede efectuarse con el auxilio de normas de rango inferior a la Ley. Y es que, a diferencia de lo que sucede en material penal (cfr. STC 42/1987), en el ámbito sancionador, la reserva de ley formal no impide que las disposiciones reglamentarias introduzcan modificaciones o graduaciones en el cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente, siempre que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes (art. 129.3 de la Ley 30/1992). De este modo, la exigencia de determinación estricta y precisa de la conducta infractora no supone que sólo sea constitucionalmente admisible «la redacción descriptiva y acabada en la Ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos» [SSTC 127/1990, 118/1992, 111/1993, 53/1994], pues lo cierto es que el principio de legalidad no queda infringido cuando la definición del tipo incorpora conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, y también es conciliable con el art. 25.1 CE la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales abiertas, esto es, aquellas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en la Ley penal, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, incluso de carácter reglamentario, si bien el reenvío normativo a normas no penales sólo procederá si se dan determinados requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o, como señala la STC 122/1987, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la

posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (SSTC 127/1990, 118/1992, 111/1993, 42/1994).

De lo anterior puede colegirse que si la norma reglamentaria protege un bien jurídico distinto al de la Ley, entonces aquélla no es concreción ni desarrollo de la Ley, sino reglamentación sancionadora independiente, prohibida por el principio de legalidad.

Así, por ejemplo, como una cosa es el incumplimiento de las normas reglamentarias de seguridad impuestas a las empresas para la prevención de actos delictivos y, otra bien distinta, el incumplimiento de las normas reguladoras del régimen administrativo a que están sometidas aquellas empresas (aunque su objeto mercantil sea, precisamente, la seguridad), la similitud formal de lenguaje no puede implicar una similitud material de significados, de modo que, por mucho que las empresas de seguridad estén destinadas a prevenir y evitar la comisión de hechos delictivos, la norma reglamentaria que tiene por objeto garantizar la prestación en condiciones adecuadas de servicio de seguridad privada no puede encontrar cobertura legal en la norma legal que tiene por objeto directo garantizar las medidas impuestas a las empresas para prevenir la comisión de actos delictivos, inexistencia de fin común que determina una violación del principio de legalidad en materia sancionadora (SSTC 6/1994, 42/1994).

En materia sancionadora rige, pues, una reserva de ley con eficacia relativa o limitada (SSTC 177/1992, 52/2003), que no excluye la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, pero que descarta que tales remisiones haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (SSTC 83/1984, 52/2003). Así, el art. 25.1 CE resulta vulnerado cuando la regulación reglamentaria de las infracciones y sanciones carece de toda base legal y también cuando se adopta en virtud de una habilitación legal a la Administración por norma de rango legal carente de todo contenido material propio, por lo que se refiere a la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias (SSTC 42/1987, 101/1988, 29/1989; también, entre muchas otras, STS 25 septiembre 1989, RJ 1989\6368).

Por lo demás, la reserva de ley que rige en materia sancionadora no significa que todos los aspectos relacionados con el procedimiento sancionador estén sujetos a reserva de ley, en particular, no existe tal reserva para la regulación del plazo de prescripción de las sanciones administrativas (STC 29/1989), sin perjuicio de lo establecido en el art. 132 de la Ley 30/1992.

2.1.6. La situación particular de las ordenanzas municipales

Alguna matización ha de hacerse en relación con las ordenanzas locales, pues es doctrina constitucional que el alcance de la reserva del ley del art. 25.1 ha de identificarse con cierta flexibilidad en relación con las ordenanzas municipales de contenido punitivo. El TC (SSTC 132/2001, 25/2004) ha estimado que la exigencia de ley para la tipificación de las infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Ahora bien, tal flexibilidad no puede excluir de forma tajante la exigencia de ley, porque la mera atribución por ley de competencias a los Municipios –conforme a la exigencia del art. 25.2 LBRL- no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. De este modo, el TC concluye que no hay correspondencia entre la falta de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por una ordenanza municipal puede o debe ser castigada, pues la flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la Ley, pero no permite la inhibición del Legislador. En concreto, el TC considera que corresponde a la Ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones, sin que ello implique la definición de tipos, ni siquiera genéricos, sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. Por otro lado, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE se deriva la exigencia, al menos, de que la Ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; aunque tampoco se exige aquí que la Ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada ordenanza municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica.

No se dieron estas condiciones en la infracción tipificada en la ordenanza cuestionada en la STC 25/2004, donde el TC afirmó que ni la norma municipal que calificaba como grave el ejercicio de actividades industriales con puertas o ventanas abiertas, ni tampoco las sanciones allí previstas, podían encontrar cobertura legal en la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Evidentemente, a pesar del tenor literal del RD 1398/1993, todo lo anterior impide que los Ayuntamientos puedan tipificar infracciones y sanciones (comparar con arts. 1.2 y 2.1 del RD 1398/1993).

2.1.7. El problema de las leyes penales en blanco

La reserva de ley en materia sancionadora no supone que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en una norma con rango de ley de los supuestos de hecho ilícitos. Por el contrario, no sólo en materia sancionadora sino también en materia penal, el TC ha estimado que es posible la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco, esto es, de normas penales (o sancionadoras) incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, sino que haya de acudir para su integración a otra norma distinta. Esta operación está condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (SSTC 122/1987, 127/1990; v. también la STS 20 diciembre 1999, RJ 1999\9630¹²).

¹² En esta sentencia se hace un buen resumen de cuál es la jurisprudencia existente sobre la ley penal en blanco: “incluso en el ámbito estrictamente penal se admite la legitimidad constitucional del reenvío normativo bajo determinadas condiciones (siempre que sea expreso, esté justificado en razón del bien jurídico protegido, la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza a través de la consecuente integración), y que el alcance de la reserva de ley no es tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas. Bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en determinadas materias, bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación, se admite una cierta colaboración del Reglamento al integrar los tipos de infracción administrativa y señalar las correspondientes sanciones. Colaboración que puede sintetizarse en los siguientes postulados que integran una consolidada doctrina del TC:

a) La norma de rango legal debe determinar suficientemente los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer.

b) No resulta constitucionalmente admisible la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y para el establecimiento de las correspondientes consecuencias sancionadoras.

Estos requisitos se dan, por ejemplo, en la norma en la que se penalizan ilícitos relativos a un sector caracterizados por un elevado grado de intervención administrativa, como es la protección del medio ambiente, y en la que se tipifica como conducta sancionada la realización de vertidos de cualquier clase en aguas terrestres que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal. Se trata de una ley penal en blanco en la que el tipo ha de ser completado por la regulación sobre infracciones consistentes en vertidos contenida en la legislación de aguas (STC 127/1990).

Como hemos indicado, la ley ha de contener el núcleo esencial de la prohibición, de modo que el límite último en que es admisible la norma penal en blanco se halla en aquellas formulaciones de tipos tan abiertas que, por su amplitud, vaguedad o indefinición, hagan depender su efectividad en una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (cfr. SSTC 34/1996, 129/2003).

2.1.8. Tipicidad y habilitaciones en blanco a la Administración

c) El art. 25.1 CE prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia.

d) Resulta admisible la norma reglamentaria que se limita, sin innovar las infracciones y sanciones en vigor, a aplicar éstas a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico del sistema preestablecido.

e) No cabe exigir con carácter retroactivo la reserva de ley para anular disposiciones preconstitucionales reguladoras de infracciones y sanciones administrativas. Pero desde la entrada en vigor de la Constitución se produce la caducidad por derogación de las habilitaciones legales que resulten contrarias a sus postulados (STC 177/1992, 2 de noviembre). La pérdida de vigencia de una habilitación legal por colisión con la Constitución no comporta la de las disposiciones producidas a su amparo mientras estuvo vigente, ni «a fortiori» la de las que, a su vez, son desarrollo o complemento de éstas o no tienen otra finalidad que la de complementarlas. Ahora bien, la remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carecerá de toda virtualidad y eficacia (SSTC 83/1984, 42/1987, 3/1988 y 61/1990, entre otras)...

En definitiva, ni la ley puede contener una deslegalización en el ámbito sancionador en favor del reglamento, ni éste puede crear infracciones o sanciones bajo pretexto de desarrollar una Ley que no contenga regulación alguna sobre éstas. La ley debe contener los elementos básicos y definitorios de las infracciones y sanciones, sin que los reglamentos en esta materia puedan ser independientes, sino ejecutivos y mantenerse dentro de los límites que corresponden a la remisión normativa”.

Puesto que la exigencia de tipicidad exige que la sanción haya sido impuesta en virtud de una habilitación legal en la que se determine también la infracción y la calificación que hay de darse a la misma, el TC ha considerado inconstitucionales las siguientes normas, por vulneración del art. 25.1 CE:

- La Ley que autoriza al Gobierno a dictar las disposiciones complementarias que sean precisas para la consecución de las finalidades perseguidas por la ley, así como para determinar las sanciones administrativas que sea necesario imponer para corregir las infracciones a la ley (STC 42/1987).
- También es inconstitucional la norma que difiere al momento de ejercicio de la potestad sancionadora la concreción de si una determinada conducta, aunque esté correctamente tipificada en una Ley, constituye infracción muy grave, menos grave, grave o leve, pues la graduación de las sanciones o la calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de tipicidad en cuanto no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa (aunque no eran problemas de consumo, cfr. SSTC 207/1990, 100/2003, 210/2005, 98/2006, 187/2006).
- En la situación anterior se encuentran también aquellas disposiciones legales que, por estar necesitadas de un desarrollo legislativo, carecen de reglas sobre graduación de sanciones, pues antes de tal concreción legal la graduación sería una decisión singular, es decir, una graduación *ad hoc* que en cada caso efectuaría la Administración sancionadora, lo que no resultaría acorde con el principio de taxatividad, pues ello no garantiza mínimamente la seguridad de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa. En estos casos, la Administración no puede proceder a aplicar directamente la norma necesitada de desarrollo sin infringir con ello el art. 25.1 CE. Cfr. la STC 100/2003.

- Es contraria al principio de tipicidad la norma que establece sanciones indeterminadas en su cuantía, por ejemplo, sin disponer una cifra máxima. Esta situación convierte en indeterminada la sanción administrativa imponible, pues impide que la norma cumpla el requisito de *lex certa*, lo que resulta incompatible con el alcance material del principio de legalidad enunciado en el art. 25.1 CE (STC 29/1989). En igual sentido, en la STS 15 noviembre 1999 (RJ 1999\8694) se estimó que contraría el principio de legalidad y tipicidad el precepto que deja al arbitrio de la Administración el límite máximo de la sanción que se puede aplicar.
- Contraviene el principio de tipicidad la norma que sólo establece criterios generales para la graduación de las sanciones y que limita su cuantía máxima en función de la autoridad administrativa competente para imponerlas, sin especificar en modo alguno la distinción entre las diferentes clases de infracciones en atención a su gravedad. En la STC 207/1990 se consideró que este modo de graduación *ad hoc* de la sanción correspondiente a cada concreta infracción no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados, pues sólo a través de vías indirectas (la que resulta, por ejemplo, del principio de vinculación del precedente) y sólo para el caso de que exista y les sea conocido un precedente aplicable, podrán conocer cuáles son las consecuencias que se siguen de su acción u omisión. Además, la inseguridad se hace aún mayor cuando el precepto se limita a establecer el límite máximo de las sanciones en razón de cuál sea el órgano que las impone, lo que, además de potenciar la inseguridad dimanante del sistema de graduación *ad hoc*, infringe directamente el art. 25.1 CE, pues de éste, como consagración de la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se sigue la necesidad, no sólo de la definición legal de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllos y éstas, una correspondencia que puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa, pero que en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella. Similar reproche de inconstitucionalidad fundó el amparo concedido en la STC 25/2002¹³.

¹³ En esta sentencia se consideró que incurre en inconstitucionalidad la ley que no establece graduación alguna de las sanciones en función de las infracciones, sino un límite máximo de aquéllas en función del órgano que las impone, dejando a éste un amplísimo margen de

- Sin embargo, no atenta contra el art. 25.1 CE la norma que, dentro de ciertos criterios, atribuye a la Administración la potestad de decidir la imposición de una sanción accesoria. De acuerdo con lo sostenido en la STC 14/1998, la habilitación legal por la que se faculta a la Administración para ponderar el alcance de la sanción en los supuestos de infracciones leves que tipifica la Ley no es inconstitucional si la Administración carece de una facultad discrecional y enteramente libre, lo que sucede cuando la norma establece expresamente los criterios a tener en cuenta para la graduación de las sanciones. En este caso, se cumplen, pues, las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los citados preceptos constitucionales, puesto que la decisión de la Administración sobre la imposición de la sanción no es discrecional, sino que viene condicionada por la concurrencia de los criterios preestablecidos en la propia Ley. En un sentido parecido, la STC 113/2002, donde se concluye que la necesidad de que la Ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta.

2.1.9. El principio de tipicidad en la aplicación de las normas sancionadoras

El principio de tipicidad del art. 25.1 CE no constituye sólo un mandato para el legislador, pues su eficacia no se limita al momento de legislar infracciones y sanciones. El corolario y complemento necesario de la exigencia de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones es, precisamente, la prohibición de que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que marca la norma sancionadora (SSTC 120/1996, 151/1997, 218/2005). Y como quiera que dicha frontera es, en mayor o menor medida, ineludiblemente borrosa –por razones ya de carácter abstracto de la norma, ya de la propia vaguedad y versatilidad

apreciación en la fijación del importe de la multa que puede imponer al infractor, a quien no se garantiza mínimamente la seguridad jurídica. A juicio del TC, esta técnica legislativa en sí misma infringe directamente el art. 25.1 CE al encomendar por entero a la discrecionalidad judicial o administrativa el establecimiento de la correspondencia necesaria entre los ilícitos y las sanciones.

del lenguaje—, el respeto del órgano administrativo sancionador al irrenunciable postulado del art. 25.1 CE deberá analizarse, más allá del canon de interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad, propio del derecho a la tutela judicial efectiva, con el prisma de la razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos que son los que sustentan el principio de legalidad (SSTC 151/1997, 218/2005). Es, pues, preciso que la conducta sea subsumible en el tipo legal por existir una coincidencia razonable entre la conducta predeterminada por la norma y el hecho enjuiciado.

Pues bien, en el momento de la aplicación de las normas que definen infracciones y sanciones, el principio de tipicidad resulta vulnerado en los siguientes casos:

- Si no existe coincidencia entre la conducta descrita por la norma y el hecho sujeto a calificación. Cuando no concurren todas las circunstancias que definen el tipo es irrelevante que el hecho enjuiciado sea similar, o que en el mismo se manifiesten algunos de los elementos del tipo, pues si no hay correspondencia entre el supuesto de hecho de la norma y el hecho enjuiciado, la antijuridicidad está excluida por falta de tipicidad. Así lo ha declarado reiteradamente el TC: el principio de tipicidad y taxatividad en la interpretación y aplicación de las infracciones impone, por razones de seguridad jurídica y legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen los ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla (SSTC 137/1997, 151/1997, 138/2004), pues en Derecho administrativo sancionador —igual que en Derecho penal— están proscritas la interpretación extensiva y la analogía (cfr. STC 138/2004). Lo contrario determina una total falta de motivación del acto administrativo sancionador, al imponerse una sanción por hechos no tipificados (SSTC 153/1996¹⁴, 138/2004¹⁵, 218/2005¹⁶).

¹⁴ En esta ocasión el TC estimó que, «la conducta por la que se ha sancionado a la farmacéutica actora en el presente litigio, no consiste en una infracción de su deontología profesional: no se trata del incumplimiento de un turno de guardia, es decir de haber mantenido cerrada su oficina de farmacia en un momento en que hubiera debido mantenerla abierta para asegurar la prestación del servicio farmacéutico, sino de un turno de vacaciones, impuestas obligatoriamente, para garantizar un equilibrio entre los beneficios económicos de los distintos titulares de las farmacias. Al tratarse de una normativa diferente y sobreañadida a los deberes deontológicos del profesional farmacéutico...»

Por ejemplo, si la norma sanciona el fraude de ley tributaria, no puede sancionarse a quienes no han perpetrado un fraude de ley tributaria sino que han realizado varios negocios simulados, pues es evidente que ambas figuras son diferentes (STC 48/2006).

- Como antes hemos indicado, la correlación entre la conducta tipificada y el hecho enjuiciado ha de valorarse bajo el prisma de la razonabilidad, por lo que se vulnera el principio de tipicidad cuando la motivación contenida en el acto administrativo sancionador no responde a una argumentación lógica que permita subsumir la conducta del recurrente en el tipo aplicado.

Por ejemplo, en un caso de infracciones en materia de seguridad vial, la STC 111/2004 resolvió que la resolución sancionadora que se basa en que el administrado no ha facilitado datos suficientes para identificar al conductor del vehículo, como su DNI o la licencia de conducción, sin que exista en el expediente administrativo constancia de actuación administrativa alguna tendente a comunicar con la persona identificada por la recurrente que se hubiera frustrado por el desconocimiento del número de tales documentos, revela que el acto administrativo no responde a una argumentación lógica que permita efectuar la subsunción del hecho enjuiciado en la conducta tipificada, toda vez que ni la norma exigía expresamente que se facilitaran esos concretos datos ni, conforme a los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica, cabe extraer tal exigencia del tenor de la misma, una vez que se había indicado a la Administración el

¹⁵ Así, en el supuesto enjuiciado en la STC 138/2004 se estimó que «la total falta de motivación, tanto del Acuerdo administrativo sancionador como de los Autos judiciales que confirman la imposición de la sanción, nos lleva a revelar la auténtica infracción constitucional que en este caso se produce y que no es otra que una interpretación extensiva y totalmente desorbitada del tipo sancionador del art. 108 b) del Reglamento Penitenciario de 1981, pues la simple lectura de este precepto permite advertir un supuesto de hecho en que el interno que incurre en esa falta actúa sirviéndose de métodos violentos o intimidatorios dados los verbos nucleares con los que se expresa el tipo, lejos, por tanto, de la conducta del recurrente que, como se desprende de las actuaciones, se limitó en exclusiva y sin más añadidos a poner de manifiesto a la Dirección del establecimiento su decisión de efectuar una huelga de hambre durante determinados días, lo que ponía en conocimiento de aquélla a los efectos oportunos, que evidentemente no podía revestir mayores consecuencias que las de que el centro tomara conocimiento de su protesta. Afirmer, a partir de aquí, la existencia de unos «términos coactivos», como se indica en la resolución sancionadora, supone una interpretación de los hechos que no se corresponde con la realidad».

¹⁶ En el caso de la STC 218/2005, si el tipo infractor regulado en el art. 79 b) LGT es aplicable a «aquellos tributos que no se exigen por el procedimiento de autoliquidación», no puede sancionarse la conducta omisiva que tiene lugar en relación con un tributo que sí se exige por el procedimiento de autoliquidación.

nombre, dos apellidos y domicilio del conductor, lo que, en principio y sin que las circunstancias concurrentes permitieran presumir otra cosa, parece, por una parte, que supone una respuesta congruente con el deber de identificar a una persona impuesto en la Ley de seguridad vial y, por otra, que es suficiente con la finalidad de la exigencia legal, que es la de permitir a la Administración dirigir eventualmente contra esa persona un procedimiento sancionador.

- El principio de tipicidad no sólo exige que el hecho sancionado se corresponda exactamente con la conducta descrita en el tipo de una norma sancionadora. Además, es preciso que la resolución sancionadora exprese cuál ha sido la norma infringida, pues en otro caso el acto administrativo adolece de una falta de motivación que contraviene el art. 25.1 CE. En efecto, el TC ha estimado que, como elemento esencial del principio de tipicidad (ligado indisolublemente con el principio de seguridad jurídica, art. 9.3 CE), es necesario que, en el ejercicio de su potestad sancionadora, la Administración identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionadora, pues el principio de tipicidad no sólo exige que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación (y, como después veremos, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma). De este modo, como parte de su motivación, la resolución sancionadora debe identificar expresamente (o, al menos, de forma implícita) el fundamento legal de la sanción, pues sólo así puede conocer el ciudadano el virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona (SSTC 161/2003, 218/2005). La obligación de motivación expresa que acaba de ser expuesta únicamente encuentra excepción en aquellos casos en los que, a pesar de no identificarse de manera expresa el fundamento legal de la sanción, el mismo resulta identificado de forma implícita e incontrovertida (SSTC 161/2003, 218/2005).
- Además, dada la reserva de ley que rige en esta materia, como regla general y con excepción del caso al que nos referimos después, el acto administrativo sancionador no puede limitarse a expresar, en su caso, la norma reglamentaria que es de inmediata y directa aplicación, sino que,

además, es preciso que se indique también la norma legal que proporciona cobertura al reglamento aplicado.

Así, en el caso enjuiciado en la STC 161/2003, el TC reprocha que «la resolución administrativa sancionadora sólo fundamentó la sanción que se imponía en los preceptos de la Ordenanza municipal de 1980 que regulan la infracción constatada y la sanción a ella vinculada, sin que, de forma implícita fuera posible identificar con la mínima seguridad razonable qué preceptos legales proporcionaban cobertura a los de rango reglamentario aplicados. Ni siquiera a lo largo del proceso contencioso-administrativo que siguió a la sanción fue invocada por la Administración norma legal alguna que otorgara cobertura a la ordenanza aplicada. Fueron los órganos judiciales, como se ha dicho más arriba, los que por primera vez llevaron a cabo el proceso de subsunción de la conducta declarada probada en el procedimiento administrativo bajo los preceptos legales de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987». Este mismo criterio ha sido reiterado en la STC 193/2003.

- La regla anterior sólo quiebra cuando la norma aplicada es preconstitucional, como exponemos en un epígrafe posterior.
- Evidentemente, las deficiencias de motivación de que adolezca el acto administrativo sancionador no pueden ser subsanadas por la jurisdicción contencioso-administrativa cuando ejerza su función revisora de la actuación de la Administración. Y es que el principio de tipicidad impone a la Administración la obligación de indicar de manera suficiente y correcta en cada concreto acto administrativo sancionador la norma específica en la que se ha efectuado la predeterminación del ilícito en el que se subsumen los hechos imputados al infractor, y lo único que puede hacer el órgano judicial es controlar posteriormente la corrección del concreto ejercicio de la potestad sancionadora efectuado por la Administración. Por el contrario, el órgano judicial no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción de los hechos imputados a un sujeto bajo preceptos legales seleccionados por él *ex novo* con el objeto de mantener la sanción impuesta, y que la Administración no haya identificado expresa o tácitamente, pues una tal sentencia, en cuanto sustenta y proporciona cobertura a la sanción impuesta por la Administración en un precepto diferente al aplicado por ésta, vulneraría el principio de tipicidad sancionadora garantizado en el art. 25.1 CE (SSTC 133/1999, 161/1989, 193/2003, 218/2005).

2.1.10. Los reglamentos preconstitucionales

Es jurisprudencia reiterada que los requisitos expuestos en los epígrafes anteriores no se aplican a los reglamentos preconstitucionales, pues la reserva de ley que rige en materia sancionadora no se aplica retroactivamente para anular o considerar nulas disposiciones reglamentarias reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía, de acuerdo con el derecho preconstitucional y, en concreto, por lo que se refiere a las disposiciones sancionadoras, que el principio de legalidad, que se traduce en la reserva absoluta de Ley, no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada, aun cuando las habilitaciones ilimitadas a la potestad reglamentaria y las deslegalizaciones realizadas por Leyes preconstitucionales, incompatibles con el artículo 25.1 CE, deben entenderse caducadas por derogación desde la entrada en vigor de ésta (SSTC 11/1981, 15/1981, 101/1988) y no cabe, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones, o alterar el cuadro de las existentes mediante una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado por otra norma de rango legal (STC 6/1994).

De conformidad con el primer criterio que sostuvo el TC en esta materia, una excepción a todo lo anterior venía constituida por la posibilidad de que la norma reglamentaria sancionadora postconstitucional constituyese una reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales (STC 305/1993), pues cuando la norma reglamentaria postconstitucional se limita, sin innovación del sistema de infracciones y sanciones en vigor, a aplicar ese sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material, no cabe entonces hablar propiamente de remisión normativa a favor de aquella disposición, ya que la remisión implica la potestad conferida por la norma de reenvío de innovar, en alguna medida, el ordenamiento por parte de quien la utiliza (STC 42/1987). Fuera de esta excepción, permitir que se actualicen las normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales, por la misma vía reglamentaria, supone alterar el sistema constitucional de producción de normas jurídicas (STC 177/1992), con el perverso efecto de mantener eternamente, después de la Constitución, infracciones que carecen de cobertura legal (STC 45/1994). La

pervivencia de normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales tiene como límite infranqueable la imposibilidad de que se actualicen luego por la misma vía, no respetando así el sistema constitucional de producción de normas (STC 177/1992). En caso contrario se produciría el efecto perverso de mantener ilimitadamente después de la Constitución, infracciones que, se mire como se mire, carecen de la necesaria cobertura legal (SSTC 45/1994, 117/1995).

El criterio anterior ha sido modificado en la jurisprudencia constitucional más reciente, conforme a la cual el reglamento sancionador postconstitucional que no tenga cobertura suficiente en normas con rango formal de ley vulnera la reserva de ley en materia sancionadora aunque se limite a reproducir el contenido de una regulación sancionadora preconstitucional de rango reglamentario. Así ha sucedido en la STC 53/2003, según la cual “la lógica coherencia y continuidad normativa con la regulación preconstitucional no puede suponer –sobre la base de que se reiteran disposiciones reglamentarias preconstitucionales sancionadoras ya existentes– que la Administración ostente potestades sancionadoras no amparadas por una cobertura suficiente de normas con rango legal; pues ello representaría convertir en buena medida en inoperante el principio de legalidad de la actividad sancionadora de la Administración con sólo reproducir, a través del tiempo, las normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales, manteniéndose así «in aeternum», después de la Constitución, sanciones sin cobertura legal. Este criterio fue confirmado en la STC 117/1995, de 17 de julio, donde de nuevo se veda la viabilidad de un reglamento posterior a la Constitución que se limitara a reproducir el contenido de una regulación sancionadora preconstitucional de rango reglamentario (F. 3)”¹⁷.

2.1.11. La culpabilidad como elemento del tipo

En un trabajo que tiene por objeto el principio de tipicidad en materia sancionadora de consumo no nos interesa la faceta del principio de culpabilidad relativa a la presunción de inocencia. Tan sólo examinaremos

¹⁷ De este modo, el TC concluye que la norma reglamentaria que sanciona el uso indebido de la denominación de origen Rioja, al apoyarse en una normativa reglamentaria sancionadora preconstitucional, incumple las exigencias formales del principio de legalidad penal establecidas en el art. 25.1 CE.

ahora si la conducta tipificada puede prescindir de la culpabilidad del administrado, es decir, si la conducta típica ha de haber sido culpable.

Es jurisprudencia constitucional reiterada que el principio de culpabilidad rige también en materia sancionadora. Significativa es, a este respecto, la STC 246/1991, conforme a la cual el principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). La sentencia indica que incluso el TC ha calificado de “correcto” el principio de la responsabilidad personal por hechos propios -principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988), lo que, sin embargo, no impide que el Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora, lo que en absoluto significa que en este caso se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace con respecto de las personas físicas.

En cuanto al TS, en múltiples ocasiones este órgano jurisdiccional ha declarado que en las infracciones administrativas se excluye la responsabilidad por hechos fortuitos y que, por tanto, no cabe la pura responsabilidad objetiva, debiendo concurrir al menos la culpa (STS 25 junio 1997, RJ 1997\5309¹⁸; también SSTs 29 septiembre 1980, RJ 1980 \3464; 18 noviembre 1988, RJCA 1988\9135; 20 diciembre 1988, RJ 1988\10041; 19 diciembre 1990, RJ 1990\10411; 30 noviembre 1991, RJ 1991\8386; 12 enero 1996, RJ 1996\156), y siendo posible, pues, la imputación a título de imprudencia, como se prevé en

¹⁸ En esta sentencia se estimó que “si bien con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 se carecía de un pronunciamiento legal expreso y general sobre el tema, la jurisprudencia de este Tribunal ha venido manteniendo -aunque con algunas salvedades- la necesidad de que se repunte la culpabilidad como elemento esencial de la infracción administrativa, sobre todo a partir de las Sentencias de 24 enero y 9 mayo 1983, y llegando a su culminación semejante criterio con la conocida Resolución del Tribunal Constitucional de 26 abril 1990, en relación con el enjuiciamiento de la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 10/1985, y al dar por supuesta la necesidad de que ha de concurrir dolo o negligencia grave en el sujeto para que pueda imponerse válidamente la sanción correspondiente. En virtud de esta doctrina -ratificada por la Sentencia del mismo Tribunal de 19 diciembre 1991- y seguida por la Resolución del Tribunal Supremo de 30 noviembre 1991 procede la anulación del acto impugnado y la confirmación de la sentencia apelada, puesto que ha quedado de manifiesto la absoluta falta de malicia o negligencia en el empleo del etiquetado de los productos «Millac», que han sido objeto de este recurso, por parte de la empresa sancionada.

el ámbito del Derecho de consumo, por ejemplo, en el art. 7.1.2 del RD 1945/1983, por la falta de controles o de precauciones exigibles de la actividad de que se trate (cfr. SSTS 2 marzo 1999, RJ 1999\2129; 17 septiembre 1999, RJ 1999\7348), según expondremos más adelante¹⁹. También hay ausencia de culpa, que exonera de responsabilidad, en la conducta del que obra en la creencia invencible de que la acción que realiza es ajustada a Derecho (cfr. art. 14 del Código Penal), el que actúa con error de prohibición (por ejemplo, porque creía que la inscripción provisional en un determinado registro administrativo equivalía en sus efectos a la inscripción definitiva, en tanto aquella no fuera revocada, STS 30 diciembre 1997, RJ 1997\9701).

Así, pues, no es que la ausencia de culpa debiera ser una circunstancia para ponderar la cuantía de la sanción económica (cfr. SSTS 19 julio 1996, RJ 1996\6397; 10 marzo 1998, RJ 1998\2138), es que sin culpa no debería haber responsabilidad administrativa.

No obstante, en algunas ocasiones, el TS ha estimado expresamente que en el ámbito sancionador no rige el principio de culpabilidad. Muy elocuente es la STS 21 marzo 1984 (RJ 1984\1410) al expresarse en los siguientes términos: “la culpabilidad, en cuanto relación psicológica de causalidad entre agente y acto típico, es en cualquiera de sus modalidades elemento esencial de la infracción delictiva o de índole criminal, pero no lo es de la infracción administrativa salvo disposición expresa en este sentido contenida en la norma tipificante, lo cual no impide que el factor subjetivo en cuestión pueda y deba actuar como circunstancia de graduación de la sanción administrativa cuando ésta incluye límites, superior e inferior, dentro de los cuales rige el principio de proporcionalidad en función de objetivos criterios y circunstancias relevantes a estos efectos...”. En otros casos, el TS ha estimado ajustada a Derecho la norma sancionadora que, prescindiendo de la voluntariedad de los administrados, tipifica la producción de un resultado, así, por ejemplo, y como veremos más detenidamente²⁰, la que sanciona el resultado de riesgo o lesión para los consumidores, desplazando, pues, sobre el agente toda la responsabilidad acerca de la sanidad de los productos que produce o suministra, de modo que basta que ase acredite que los mismos han causado el riesgo o el daño para que la falta exista y sin otro elemento posible

¹⁹ V. *Infra* el epígrafe 2.2.8.2.

²⁰ V. *Infra* el epígrafe 2.2.8.2.

de voluntariedad que el de su producción o suministro pero no el derivado del conocimiento o causa de esa circunstancia (STS 3 junio 1980, RJ1980\ 3036). Igualmente, el promotor que, conforme a la LOE, responde civilmente de forma objetiva de los defectos constructivos aunque no se deban a una conducta suya, es igualmente responsable en vía administrativa por fraude en la prestación de bienes y servicios (STS 25 mayo 2004, RJ 2004\4729).

Es más, en algunos casos, producida la conducta descrita por la norma, *res ipsa loquitur*: la culpa se presume. Así, en las SSTS 26 abril 1999 (RJ 1999\4181) y STS 12 abril 1999 (RJ 1999\2810), la culpa se apreció en la falta de diligencia exigible a la actora para evitar que se produjera la conducta cuyo resultado fue que las latas de conserva tuvieran un peso neto inferior al que procedía, que era la infracción sancionada. Igualmente, en la STS 9 enero 1998 (RJ 1998\550), el TS presumió la culpa al estimar que de la prueba practicada no se deducen indicios de la ausencia de culpabilidad alegada en relación a carencia de etiqueta en la prenda en cuestión, pues la necesidad de expresarse en las etiquetas adheridas a las prendas, en cada caso, la composición como establece la legislación aplicable, es adecuada a la realidad en que incide y de observancia individualizada, sin que la parte apelante ponga de relieve ninguna circunstancia extraordinaria que permita eximir del cumplimiento de la obligación legal. En la STSJ Castilla y León 12 mayo 2006 (RJCA 2006\522) se estima que la infracción se imputa a título de negligencia cuando el imputado es un profesional que no cumple las obligaciones establecidas legalmente y cuyo cumplimiento resulta imprescindible para el control de una enfermedad como la encefalopatía espongiforme transmisible que pueda tener la cabaña ganadera y, eventualmente, evitar graves repercusiones en la salud de los consumidores. Así también en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla de 16 enero 2006 (RJCA 2006\292) se determina la responsabilidad administrativa de la empresa que firma productos fabricados por otro por entender que el imputado es responsable, aunque sólo fuera a título de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, por haberse desentendido de comprobar y verificar que los datos del etiquetado son veraces. El Juzgado entiende que una empresa que desarrolla su actividad en el marco de los productos alimenticios y con proyección internacional, o puede ignorar su responsabilidad de cara a los consumidores en el etiquetado de todos aquellos productos que son específicamente fabricados para ella. Finalmente, en la STSJ Islas Baleares 14 enero 2000 (RJCA 2000\1835) se estimó que la aparición en el mercado de botellas de aceite con un exceso de

peróxidos mostraban una clara conducta de negligencia o descuido en los controles o precauciones exigibles en la distribución de las mismas, por lo que había de imputarse a la recurrente, como autora de la infracción calificada, la voluntariedad o culpabilidad que negaba.

Nos parece criticable la jurisprudencia que hace responder de las infracciones a quienes no son responsables por dolo o culpa, y ello con independencia de que, en vía civil, sí sea posible esta imputación objetiva, como, según veremos, sucede con el promotor²¹. Y es que en vía administrativa no cabe la imputación objetiva de las infracciones, por lo que la conducta sancionable ha de ser dolosa o culposa (cfr. art. 130.1 de la Ley 30/1992)²².

2.1.12. La lesión de un bien jurídico como fundamento del *ius puniendi*

El Derecho administrativo sancionador sólo está justificado en la medida en que las infracciones tipificadas lesionen o pongan en peligro algún bien jurídico (como sucede en las infracciones de riesgo), pues, como dice la STS 19 abril 1999 (RJ 1999\3507), si en vía penal se excluye la responsabilidad criminal cuando resulta probado que no hay puesta en peligro del bien jurídico protegido, tampoco cabe la imposición de una sanción administrativa. Como veremos con más detenimiento²³, en Derecho de consumo no siempre se ha observado esta regla.

2.1.13. El principio de tipicidad en las reglas sobre el procedimiento administrativo sancionador

Las exigencias del principio de tipicidad que han sido expuestas a lo largo de las páginas precedentes han de cumplimentarse en distintos momentos a lo

²¹ V. *Infra* el epígrafe 2.2.8.2.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA / T.R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp. 177-179.

²³ V. *Infra* el epígrafe 2.2.8.3.

largo del procedimiento administrativo sancionador. Exponemos ahora sucintamente cuáles son estas manifestaciones del principio de tipicidad.

Además de la formulación general contenida en el art. 129 de la Ley 30/1992, el principio de tipicidad se manifiesta en los siguientes aspectos del procedimiento administrativo sancionador:

- En primer lugar, en la necesidad de motivación, lo que, según el art. 54 de la Ley 30/1992, exige una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que funden la infracción y la sanción.
- El presunto responsable tiene derecho a ser notificado, entre otros extremos, de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer (art. 135 de la Ley 30/1992). Este derecho asiste al presunto infractor desde el inicio del procedimiento sancionador, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción (art. 13 del RD 1398/1993), sobre lo que también habrá de ser notificado, en caso de modificación de la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción (art. 16.3 del RD 1398/1993). Naturalmente, también habrá de serle notificada la propuesta de resolución (art. 19.1 del RD 1398/1993), así como la resolución sancionadora (art. 20.5 del RD 1398/1993).
- En caso de apreciar la existencia de infracción o responsabilidad, en la propuesta de resolución que formule, el órgano instructor habrá de fijar de forma motivada los hechos (especificándose los que se consideren probados) y su calificación jurídica, la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que se propone que se imponga (art. 18 del RD 1398/1993).
- En caso de apreciarse la existencia de infracción o responsabilidad, la resolución que ponga fin al procedimiento hará de ser motivada (art. 138 de la Ley 30/1992 y art. 20.2 del RD 1398/1993). La misma habrá de incluir la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión fijarán los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la

infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen (art. 20.4 del RD 1398/1993).

2.2. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN LA JURISPRUDENCIA SANCIONADORA DE CONSUMO

2.2.1. Ámbito de aplicación del principio: procedimientos sancionadores de consumo y otros procedimientos administrativos relativos al consumo. Las relaciones especiales de sujeción

Las garantías que informan los procedimientos sancionadores y, por lo que ahora nos interesa, el principio de tipicidad, sólo se aplican a los procedimientos sancionadores y no a cualquier procedimiento administrativo que no tenga esta naturaleza, incluso aunque el mismo esté directamente encaminado a tutelar a los consumidores como colectivo o los intereses individuales de un consumidor en particular. De este modo, sin perjuicio del cumplimiento de las normas generales que rigen los procedimientos administrativos (por ejemplo, la necesidad de motivación [art. 54 de la Ley 30/1992], la observancia de las normas sobre competencia [arts. 12 y ss. de la Ley 30/1992], el respeto a los derechos de los administrados [arts. 35 y ss. de la Ley 30/1992], etc.), no están sujetos a las exigencias del principio de tipicidad los siguientes procedimientos:

- No es un procedimiento sancionador el establecido en las normas que permiten que la Administración determine las diferencias de consumo eléctrico (SSTS 14 mayo 1998, RJ 1998\4167, y 6 octubre 1998, RJ 1998\8522, sobre el Reglamento de verificaciones eléctricas de 1954).
- Tampoco constituyen procedimientos sancionadores aquellos que permiten que la Administración resuelva con carácter vinculante las controversias planteadas entre las partes en torno al cumplimiento de un contrato. Regulaciones de este tipo encontramos en el sector de telecomunicaciones, en virtud de los cuales, a través de un procedimiento iniciado a instancias del usuario, se adoptará una decisión vinculante para los operadores que podrá tener por objeto ordenar la tramitación inmediata de la baja y la restitución al usuario en la situación contractual anterior, declararla improcedencia del cobro de alguna cuota por el alta o baja del usuario, en los casos en que el operador incumple el plazo de conexión inicial y, en fin, cualquier otra medida que permita restituir los derechos del usuario que hayan sido vulnerados, incluido el pago de las compensaciones

expresamente previstas y tasadas en la legislación sectorial, pero no para pronunciarse sobre otros posibles daños derivados de las deficiencias del servicio (v. art. 38 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; art. 104.4 del RD 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios; y la Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de telecomunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores)²⁴.

- Estimamos que lo mismo cabe decir de cualquier procedimiento administrativo de resolución de conflictos, como sucedía en el ámbito de los contratos de seguro, donde el art. 62.2 de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de Seguros privados (derogado por el RD Legislativo 6/2004), permitía que los afectados por prácticas abusivas o por lesiones de derechos derivados del contrato de seguro pudieran reclamar ante la Dirección General de Seguros, quien, formulada la reclamación, tramitaría un procedimiento administrativo contradictorio que podría concluir con una resolución favorable a la reclamación. En tal caso, la Dirección requeriría a la aseguradora para que satisficiera el perjuicio causado, requerimiento que –ahora sí- si fuera desatendido, constituiría un ilícito administrativo que daría lugar a la incoación del correspondiente procedimiento sancionador.
- Tampoco son normas sancionadoras aquellas que, en el seno de un procedimiento sancionador, facultan a la Administración para impulsar un trámite de conciliación y subsanación voluntaria de los perjuicios causados al usuario turístico, trámite que, de culminar satisfactoriamente, puede dar lugar al archivo de las actuaciones o la atenuación de las sanciones (v., por ejemplo, el art. 71 de la Ley de Madrid 1/1999, de 12 marzo).

²⁴ Sobre todo ello, v. MENDOZA LOSANA, *Telecomunicaciones, ¿sector sin ley?*, <http://www.uclm.es/cesco>, pp. 89 y ss.

- Y, en fin, lo mismo cabe decir de cualquier otro procedimiento administrativo de resolución de controversias que no tenga carácter sancionador, como sucede, por ejemplo, con el procedimiento arbitral.

Nos referimos, finalmente, a las relaciones de sujeción especial, que han servido de soporte argumental a algunos procedimientos sancionadores en el ámbito de las denominaciones de origen. No es inoportuno recordar que en la STS 15 enero 1991 (RJ 1991\255) se estimó que la sanción impuesta a una empresa sometida al régimen de denominaciones de origen constituía un supuesto próximo al de las relaciones especiales de sujeción. Pues bien, aunque el TC ha estimado que las garantías constitucionales establecidas en el art. 25.1 CE no se aplican de una manera tan estricta en relaciones de sujeción especial (STC 2/1987), ello no significa que cualquier relación especial deje, por ello, de ser una relación de supremacía general no sujeta al principio de tipicidad. Para que esta consecuencia se produzca es preciso que haya sido la CE, o la Ley de acuerdo con la CE, la que haya descrito ciertas situaciones y relaciones administrativas modulando los derechos constitucionales de los ciudadanos. Como no existe precepto constitucional que de forma explícita o implícita justifique la limitación de derechos constitucionales en la actividad de producción y elaboración en que se utiliza la denominación de origen –ello al margen de su carácter intervenido y reglamentado-, ni tampoco al tiempo de la infracción estaba vigente Ley alguna que modulara el disfrute del derecho fundamental, el TC concluye que con independencia de la correcta calificación o denominación de la relación jurídica, no se da el fundamento suficiente para que la infracción por la que se sanciona carezca de cobertura legal que, con carácter general, se exige en el art. 25.1 CE.

2.2.2. El principio de tipicidad en la elaboración de las normas, en su aplicación y en el procedimiento administrativo sancionador

Al igual que sucede en el Derecho sancionador general, el principio de tipicidad no sólo tiene relevancia en la elaboración de las normas sino también en su aplicación y, significativamente, en los diversos momentos del procedimiento administrativo sancionador en que este principio ha de ser respetado. El objeto de este trabajo es, precisamente, exponer la jurisprudencia contencioso-administrativa de consumo recaída sobre este principio en todos los momentos en que el principio de tipicidad está llamado a manifestarse.

Aunque se expondrá con más detenimiento en los epígrafes que siguen, estos momentos de relevancia del principio de tipicidad en materia sancionadora son los siguientes:

- A) El principio de tipicidad impone al Legislador la obligación de abstenerse de utilizar tipos abiertos o cláusulas generales o residuales que confieran a la Administración un arbitrio desmedido en la concreción de los tipos o en la imposición de las sanciones.
- B) Además, los elementos esenciales del tipo han de estar descritos en una norma con rango de ley, pues la reserva de ley que rige en materia sancionadora impide la existencia de tipos abiertos que confieran al reglamento un arbitrio desmedido en la concreción de los tipos.
- C) El principio de tipicidad también ha de cumplirse en la aplicación de las normas, impidiendo que sean subsumidas en la norma conductas que no reúnan todos los elementos del tipo.
- D) Finalmente, no basta que la conducta sancionada esté suficientemente predeterminada en las normas, sino que, además, hace falta que en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador se respeten todos aquellos derechos de los administrados relacionados con el principio de tipicidad.

2.2.3. Un problema superado: la validez del RD 1945/1983

Antes de exponer las distintas facetas y momentos en que el principio de tipicidad ha resultado relevante en la jurisprudencia contencioso-administrativa, nos referiremos a un problema de legalidad en materia sancionadora de consumo que fue muy recurrente en la jurisprudencia de los años noventa, pero que hoy en día se encuentra totalmente superado. Como quiera que el RD 1945/1983, de 22 de junio, regulador de las infracciones y sanciones en materia de consumo, se aprobó con posterioridad a la LCU, enseguida se planteó la posible inconstitucionalidad de la norma reglamentaria por vulneración de principio de legalidad. Como es sabido, el TC descartó la nulidad global del RD 1945/1983 por esta causa, aunque sí que fueron

anulados algunos de sus preceptos por esta razón. En concreto, el TC estimó (STC 29/1989) que el RD 1945/1983 no podía encontrar cobertura legal en la LCU, que era posterior, tampoco, por no tratarse de un instrumento normativo, en el Acuerdo del Congreso de los Diputados que en 1981 instaba al Gobierno a refundir y desarrollar las disposiciones vigentes en materia de disciplina de mercado; y, finalmente, tampoco en las normas preconstitucionales sobre disciplina de mercado que autorizaban al Gobierno a efectuar tal refundición y desarrollo, dados los inconcretos términos de este mandato. No obstante, el TC estimó que, como el principio constitucional de legalidad en materia sancionadora no privaba de legitimidad a las normas sancionadoras preconstitucionales sobre disciplina de mercado, a las que no les es aplicable la reserva legal establecida en el art. 25.1 CE, tampoco estaba afectado por este defecto el RD 1945/1983 en la medida en que no hubiera establecido una regulación innovadora del ordenamiento sancionador y constituyese una mera reordenación sistemática, en un texto único, de normas perfectamente válidas y vigentes, previamente dispersas en una pluralidad de textos normativos.

Y aunque la cuestión ya ha perdido interés, porque todas las CCAA disponen de Leyes sobre consumo, pese a lo que se decidió en la STS 28 abril 2000 (RJ 2000\4833), la misma solución habría debido adoptarse con respecto a cualquier norma reglamentaria que se limitara a refundir la normativa preconstitucional, incluso aunque se tratara de un decreto autonómico.

Como es obvio, este filtro no lo pasaron las normas del RD 1945/1983 que no estaban establecidas con carácter previo a la CE, como sucedió con el art. 10.1, en la medida en que establecía un límite máximo en la cuantía de las sanciones pecuniarias por falta muy grave que no estaba previsto en la normativa anterior y con respecto a la cual, por tanto, el referido art. 10.1 no podía ser considerado una mera refundición de normas anteriores y vigentes, sino una nueva prescripción sustantiva que modificaba las normas aplicables en el momento en que el propio RD 1945/1983 entró en vigor.

Por lo demás, una vez aprobada la LCU, fue esta Ley la que confirió cobertura legal al RD 1945/1983 con respecto a las infracciones cometidas con posterioridad a la LCU (cfr. STC 29/1989 y una nutrida jurisprudencia del TS²⁵),

²⁵ 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), 14 marzo 1991 (RJ 1991\2233), 29 abril 1991 (RJ 1991\3526), 31 octubre 1991 (RJ 1991\8387), 28 mayo 1996 (RJ 1996\4503), 21 mayo 1996 (RJ 1996\4482), 12 julio 1996 (RJ 1996\5974).

por lo que, con respecto a ellas (aunque no para las anteriores a la LCU), es irrelevante que hubieran sido anuladas algunas de las disposiciones que fueron objeto de refundición en el RD 1945/1983 (STSJ Navarra 25 septiembre 2003, RJCAA 2004\175).

2.2.4. Las habilitaciones en blanco a la Administración de consumo

Entre las sentencias analizadas en materia de consumo y otros conflictos de interés para los consumidores y usuarios no hemos encontrado casos en los que el principio de tipicidad se hubiera vulnerado por el hecho que la ley dejara sin determinar la infracción y/o la consecuencia jurídica de la misma, encomendado esta tarea a la Administración. No obstante, al respecto deben tenerse en cuenta los criterios y reglas que fueron expuestos en la primera parte de este estudio²⁶.

2.2.5. La predeterminación normativa

Como expusimos en la primera parte de este trabajo²⁷, el principio de tipicidad requiere la existencia de una *lex previa* que permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción. Consecuencia de todo ello es que resulte vulnerado el principio de tipicidad cuando la sanción impuesta se fundamenta en una norma que no describa la conducta o el comportamiento merecedor de sanción, circunstancias que concurren en la norma que contiene una descripción tan absolutamente imprecisa y amplia, que la misma resulta insuficiente a los efectos exigidos por el principio de taxatividad. Como puso de manifiesto REBOLLO, éste es el reproche que merece la descripción abierta e imprecisa que contenía el art. 34 LCU, y que ha sido reproducido casi en sus justos términos en el art. 49 del TRLCU. En efecto, el precepto no establece ninguna remisión al reglamento para la concreción de las difusas infracciones consistentes en el incumplimiento de los requisitos y condiciones de naturaleza sanitaria, o de las disposiciones sobre seguridad, sobre registro, etiquetado, envasado, etc. Como estima el autor

²⁶ En el epígrafe 2.1.8.

²⁷ V. *supra* el epígrafe 2.1.4.

citado, decir que son infracciones los incumplimientos de todas estas disposiciones “no es cumplir con la exigencia «imperiosa de predeterminación normativa», no es tipificar. Más bien es intentar convertir en típico todo lo antijurídico”²⁸.

Existen algunos pronunciamientos sobre la exigencia de predeterminación de conductas y sanciones en relación con algunas normas de defensa de los consumidores y usuarios. Así, por ejemplo, en la STS 6 mayo 1997 (RJ 1997\4357), ante una sanción en materia turística impuesta en virtud de norma reglamentarias preconstitucionales (la Orden Ministerial de 9 de agosto de 1974 y el Decreto 231/1965) se consideró que aunque esta normativa pudiera ser aplicable por no exigirse la reserva de ley de manera retroactiva a normas preconstitucionales, lo cierto es que estos preceptos reglamentarios no sólo adolecían de cobertura legal, sino que tampoco respetaban las exigencias del principio de tipicidad al no describir la conducta o comportamiento que se estimaba merecedor de sanción. Dado que lo único que hacen estos preceptos es imponer a las empresas que presten servicios turísticos la obligación de cumplir adecuadamente, el TS estima que estas normas constituyen una obligación contractual civil cuyo incumplimiento genera las consecuencias propias de dicho ordenamiento, pero no una infracción administrativa. Lo mismo se puede decir con respecto a la regulación de sustitución de los servicios turísticos de acuerdo con el cliente cuando existiera imposibilidad de prestar el contratado y la obligación de devolver las cantidades percibidas sin deducción alguna cuando tal acuerdo sustitutorio no fuera posible. Se estima, pues, que tales conductas no están tipificadas, sin que, a juicio del TS, la remisión genérica de estas normas reglamentarias a las infracciones que se cometieran contra lo preceptuado en el presente Estatuto y en los reglamentos reguladores de las empresas y de las actividades turísticas, cumpla las exigencias mínimas del principio de tipicidad sancionadora, por estar absolutamente indeterminados los comportamientos reprochables.

Por último, la infracción no deja de estar predeterminada por el hecho de que el tipo integre conceptos jurídicos indeterminados, pues no por ello la actuación de la Administración es reprochable ni invita al ejercicio de una

²⁸ REBOLLO PUIG, en *Comentarios a la Ley General...*, cit., pp. 908 y ss. La cita es de la p. 911.

potestad administrativa discrecional²⁹. Por el contrario, estos conceptos jurídicos indeterminados deben ser llenados por la Administración en el ejercicio de la potestad reglada de aplicación de las normas que los contengan. Se trata, como veremos más adelante, se trata de un problema de aplicación de las normas donde también tiene relevancia el principio de tipicidad³⁰.

2.2.6. El auxilio del reglamento en la predeterminación normativa

Como indicamos en la parte dedicada al Derecho sancionador general³¹, es legítimo que la ley pueda ser auxiliada por el reglamento a la hora de efectuar la determinación normativa de las infracciones y sanciones. Es lo que sucede en el Derecho de consumo, donde el TRLCU prevé expresamente que los reglamentos reguladores de los diferentes bienes y servicios puedan determinar, en la medida en que sea preciso para asegurar la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, entre otros, las garantías, responsabilidades, infracciones y sanciones [art. 14.1 g) del TRLCU]. Ahora bien, como también expusimos con anterioridad³², para que se entiendan cumplidas las exigencias constitucionales establecidas en el art. 25.1 CE no basta que la predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones se haya realizado a través de cualquier *lex previa*, por muy *lex certa* que ésta sea. Lo cierto es que la reserva de ley que rige en materia sancionadora exige que los elementos esenciales del tipo estén establecidos en una norma con rango formal de ley. Por tanto, el juego que el reglamento admite en materia sancionadora es muy limitado, ya que se reduce a introducir modificaciones o graduaciones en el cuadro de infracciones o sanciones legalmente establecidas que, sin alterar la naturaleza de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes (art. 129.3 de la

²⁹ Cfr. la STS 19 mayo 1993 (RJ 1993\3183). En la resolución recurrida la Administración había llenado los conceptos “riesgo para la salud” y “posición en el mercado del infractor” valorando el contenido del expediente en atención a las circunstancias reales que se dieron en la elaboración del producto cuestionado.

³⁰ V. *Infra* el epígrafe 2.2.8.

³¹ V. *supra* epígrafes 2.1.4 y 2.1.5.

³² V. *supra* epígrafes 2.1.4 y 2.1.5.

Ley 30/1992 y la jurisprudencia constitucional citada *supra* en el epígrafe 2.1.5)³³.

Dejando para el epígrafe siguiente el problema de las leyes penales en blanco en el Derecho sancionador de consumo, indicamos ahora las reglas que la jurisprudencia ha establecido en torno a la cuestión de la colaboración reglamentaria en la descripción de las conductas infractoras y de las sanciones:

A) El reglamento sancionador postconstitucional siempre tiene que contar con una cobertura legal suficiente, sin que, sin ello, sea admisible el reglamento sancionador incluso aunque se limite a reproducir la regulación reglamentaria preconstitucional. De conformidad con lo establecido en la STC 53/2003, la reserva de ley en materia sancionadora resulta incumplida siempre que un reglamento sancionador posterior a la Constitución carece de cobertura legal suficiente, sea porque establezca una regulación *ex novo*, sea porque reproduzca reglamentos preconstitucionales sin cobertura legal. Con ello el TC se desmarca del criterio que él mismo había sostenido en las SSTC 42/1987 y 305/1993, de acuerdo con las cuales sí era posible que un reglamento sancionador postconstitucional sin cobertura legal se limitara a reproducir una norma reglamentaria preconstitucional³⁴.

B) Se respeta la reserva de ley cuando la ley formal de cobertura contiene una descripción que permita conocer con certeza razonable y suficiente cuáles sean las conductas constitutivas de infracción, sin incluir tipos abiertos o cláusulas generales o residuales que encomienden a la potestad reglamentaria un arbitrio desmedido en la concreción de aquéllos. Esta afirmación se ha realizado en relación con múltiples disposiciones:

- Se ha estimado que tales circunstancias concurren en el catálogo de infracciones y sanciones establecido en la Ley General de Sanidad (STSJ Madrid 28 abril 2003, RJCA

³³ Sobre las posibilidades de desarrollo reglamentario de la LCU en el ámbito sancionador, ampliamente, REBOLLO PUIG, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. Bercovitz y J. Salas, Madrid, 1992, pp. 821 y ss.

³⁴ Para más detalles, v. *supra* el epígrafe 2.1.10.

2004\529; STSJ Galicia 14 septiembre 2001, JUR 2002\3475), pues no resulta exigible que las normas recojan innumerables enumeraciones interminables y agotadoras de todas las conductas infractoras, pues de lo que se trata es de que los actos u omisiones estén suficientemente reconocidos por una Ley describiendo con cuidado los elementos de la conducta, pudiendo ser llamada a esta labor cooperativa la norma reglamentaria (STSJ Madrid 28 abril 2003, RJCA 2004\529). Así, se ha estimado que el art. 35 de la Ley General de Sanidad de cobertura suficiente tanto a la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, como al RD 1749/1998, de 31 de julio, por el que se establecían medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos (STSJ Madrid 28 abril 2003, RJCA 2004\529). Así también, pese a las descripciones genéricas que contiene, el catálogo de infracciones y sanciones en materia sanitaria es suficiente para entender cumplido el principio de tipicidad, por lo que puede ser integrado por las previsiones reglamentarias relativas a la prohibición de la publicidad del tabaco (SSTSJ Galicia 14 septiembre 2001, JUR 2002\3475; 31 enero 2002, RJCA 2002\452).

- La amplitud y generalidad de la descripción del tipo no perjudica a los administrados si existen remisiones a otras normas que especifiquen suficientemente el tipo. Así, por ejemplo, en la STSJ Andalucía 6 septiembre 2000 (RJCA 2001\401), frente a la alegada vulneración del principio de tipicidad se sostuvo que aunque la descripción del tipo regulado en el art. 2.1 del RD 1945/1983 (donde se sanciona el incumplimiento de los requisitos condiciones, obligaciones o prohibiciones de naturaleza sanitaria determinados en la normativa a la que remite el art. 1 del RD 1945/1983) fuese ciertamente amplia ello no menoscababa las garantías de los destinatarios de la norma, que con la advertencia del art. 2.1 del RD 1945/1983 quedaban perfectamente avisados de que, en este caso, han de observar las condiciones sanitarias impuestas en el RD 147/1993. Con todo, nótese que, como

después comentaremos con más detenimiento, es una norma reglamentaria la que remite a otra regla infralegal.

- Es similar el criterio por los Tribunales en relación con la regulación sobre vinos contenida en la Ley 25/1970 y determinados reglamentos en materia de denominaciones de origen. Así, en la STS 20 diciembre 1999 (RJ 1999\9630), el TS estimó que los reglamentos postconstitucionales reguladores de la denominación de origen cava no contenían un régimen sancionador establecido *ex novo* o de manera independiente, ni nos encontrábamos tampoco ante una norma reglamentaria que ejecutase una habilitación legal en blanco o insuficiente. Por el contrario, se trataba de un supuesto válido de colaboración reglamentaria en la determinación de los tipos legalmente previstos. También se ha apreciado que la Ley 25/1970 confiere una cobertura legal suficiente a la norma reglamentaria preconstitucional que rige la denominación de origen Navarra (STSJ Navarra 15 junio 2000, RJCA 2000\1477). V. también la STSJ Castilla y León 31 octubre 2005 (JUR 2005\272165).
- También se considera que la Ley General de Sanidad y la Ley General de Publicidad constituyen cobertura legal suficiente para el Decreto autonómico que prohíbe y sanciona la publicidad de tabaco (SSTSJ Galicia 14 septiembre 2001, JUR 2002\3475; 31 enero 2002, RJCA 2002\452), pues aquellas leyes autorizan que por vía reglamentaria se prohíba la publicidad del tabaco en orden a la protección de la salud, así como que tendrá la consideración de infracción el incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de productos que tengan consecuencias negativas para la salud.

C) También respeta el principio de legalidad la ley formal que limita cuantitativamente –mediante el establecimiento de cuantías mínimas y máximas- la sanción de multa, remitiendo al reglamento la determinación concreta la sanción a imponer dentro de tales límites. Así, el TS ha estimado con reiteración que

las infracciones y sanciones establecidas en la Ley de Cataluña 15/1983, de 14 de julio, constituyen una delimitación suficiente de los elementos de la potestad sancionadora que sirven de cobertura legal al Decreto autonómico 459/1983, de 18 de octubre, por el que se tipificaron las infracciones y se regularon las sanciones en materia de comercialización de bienes, productos y prestación de servicios. En concreto, se ajusta al principio de legalidad en materia sancionadora el Reglamento que establece una cuantía a la sanción de multa que se encuentra en los márgenes establecidos en la ley formal (SSTS 6 junio 1992, RJ 1992\5383; 8 junio 1992, RJ 1992\5105; 23 noviembre 1992, RJ 1992\9325; 16 marzo 1992, RJ 1993\1768; 12 mayo 1993, RJ 1993\5325; 19 mayo 1993, RJ 1993\3451; 5 julio 1993, RJ 1993\5471; 20 diciembre 1994, RJ 1994\10461).

D) Si bien la ley puede remitir la concreción de infracciones al reglamento, esta habilitación no la puede realizar un simple reglamento. En las SSTS 2 abril 1992 (RJ 1992\3327) y 23 septiembre 1992 (RJ 1992\7006), el TS estimó que aunque el RD 1945/1983, sin contravenir la reserva de ley, tipifica como infracción el incumplimiento de las normas sobre envasado de productos, no obstante, sí vulnera el principio de legalidad el decreto autonómico que concreta qué productos han de ser envasados. A juicio del TS, aunque se admite que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias en materia de tipicidad de infracciones, esta posibilidad debe admitirse cuando existe una norma con rango de Ley que la prevé expresamente, pero “no se está en la misma situación cuando la referencia a tipificaciones posteriores se hace por una disposición con rango de Decreto”³⁵. Sin embargo, *este criterio*

³⁵ El argumento completamente desenvuelto es el siguiente: “la cuestión central del proceso se deriva de que... la concreción última del tipo de infracción administrativa se efectúa por vía reglamentaria. Así es en efecto puesto que la conducta consistente en suministro de pan para su venta a otros establecimientos comerciales sin el envasado correspondiente no se tipifica como falta, el menos teniendo en cuenta las normas jurídicas que se invocaron al imponer la sanción, sino por un Decreto de la Generalidad. El Real Decreto estatal cuya normativa se pone en conexión con el Decreto autonómico establece simplemente que constituye infracción administrativa el incumplimiento de las normas sobre etiquetado y envasado de los artículos, siendo el Decreto de la Generalidad el que se refiere concretamente a la venta de pan sin envasar... Es claro que desde luego el Real Decreto citado constituye el desarrollo reglamentario de las normas con rango de Ley que regulan la materia de disciplina del mercado. Pero el caso es que la existencia de esta Ley no supone una tipificación por norma de dicho rango de la falta consistente en la venta de pan sin el envase adecuado, pues son cosas muy distintas referirse genéricamente al incumplimiento de las normas sobre envasado y especificar que es obligatorio el envase de unos productos y no de otros... Respecto a esta

no es uniforme, pues los Tribunales Superiores de Justicia sí que han estimado la legalidad de estas habilitaciones reglamentarias. Así, por ejemplo, en la STSJ Madrid 25 marzo 2003 (RJCA 2003\923 se estimó que la infracción por contravenir la obligación de tener a disposición del público las hojas de reclamación -establecida en el caso por medio de un decreto autonómico- encontraba cobertura en el art. 3.3.6 del RD 1945/1983, que establece como infracción el incumplimiento de las normas relativas a documentación, información, libros o registros establecidos obligatoriamente para el adecuado régimen y funcionamiento de la empresa, instalación o servicio y como garantía para la protección del consumidor o usuario. V. también la STSJ Andalucía 6 septiembre 2000 (RJCA 2001\401), citada más arriba, en la que, frente a la alegación de una supuesta vulneración del principio de tipicidad, se considera irreproachable que, al establecer las conductas infractoras, el RD 1945/1983 utilice descripciones amplias que hayan de completarse con el auxilio de otras normas reglamentarias.

E) Son nulos los reglamentos que imponen sanciones administrativas *ex novo* sin la cobertura de una ley previa, y este defecto no puede subsanarse *ex post*. Si se ha incumplido la reserva de ley que rige en materia sancionadora, no es posible que este defecto sea subsanado con posterioridad a la aprobación de la norma reglamentaria independiente. Así, en la STS 6 junio 1988 (RJ 1998\4371), tras descartar que el RD 1945/1983 en su conjunto fuera nulo por regular materias reservadas a la ley (pues tenía cobertura legal en la derogada legislación sobre disciplina de mercado), se declaró la nulidad de algunos de sus preceptos, en la medida en que innovaban el panorama legal existente, excediéndose en la refundición que este RD realizó y contraviniendo los principios de tipicidad y legalidad.

cuestión la Sala no puede compartir el razonamiento que se expresa en el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia apelada que se ha citado más arriba. Ciertamente la STC 83/1984, de 24 julio (RTC 1984\83), admite que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias en materia de tipicidad de infracciones, pero si bien esta posibilidad debe admitirse cuando existe una norma con rango de Ley que la prevé expresamente, no se está en la misma situación cuando la referencia a tipificaciones posteriores se hace por una disposición con rango de Decreto”.

De este modo, el TS concluyó que “independientemente de la asunción «ex post», del repetido Real Decreto por la ya citada Ley de 19 de julio de 1984, hemos de declarar la indudable invalidez del referido artículo 10,3 para el período anterior a la vigencia de la expresada Ley”... Asimismo, “el decomiso cautelar de la mercancía en el caso previsto en el artículo 14,3 del Decreto, únicamente puede tener lugar en los supuestos de riesgo y peligro para la salud pública... y por lo tanto no es legal sin ley formal el art. 14,3 sino el 14,4 que faculta a la Administración para adoptar las medidas que sean necesarias en el supuesto de que la mercancía genere riesgo real o previsible para la salud pública”.

2.2.7. En particular, las leyes penales en blanco en el ámbito del Derecho de consumo

Como indicamos³⁶, Tribunales han admitido que las leyes sancionadoras puedan contener tipos abiertos que, para ser aplicados, necesiten el auxilio de normas de rango infralegal. Es lo que se ha dado en llamar ley penal en blanco. La validez de este modo de legislar ha sido afirmada con reiteración siempre que se cumpla el doble requisito de que el reenvío sea expreso y esté justificado por razón del bien jurídico protegido por la norma, así como que el núcleo básico calificado como ilícito y los límites impuestos a la actividad sancionadora se contengan en una norma con rango formal de Ley.

En el ámbito del Derecho de consumo, el caso paradigmático de ley penal en blanco se encuentra en la regla que tipifica como infracción el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en el TRLCU y disposiciones que lo desarrollen [art. 49.1. k) del TRLCU, que reproduce los términos de la cláusula residual contenida en el derogado art. 39 LCU]. Los Tribunales han estimado que, tal como exige el principio de tipicidad, esta norma contiene el núcleo esencial del régimen sancionador, de modo que puede ser integrado por normas de rango infralegal. Por ejemplo:

- Por el RD 645/1988, de 24 junio, mediante el que se aprobó el Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleos de automoción (STS 4 mayo 1992, RJ 1992\3735).

³⁶ V. *supra* epígrafe 2.1.7.

- La percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas sin el otorgamiento de las garantías correspondientes de acuerdo con lo previsto en la Ley 57/1968, se consideró igualmente una conducta tipificada en la cláusula residual contenida en el art. 34 LCU, en relación con lo establecido en los arts. 3.3.6³⁷ y 3.3.7³⁸ del RD 1945/1983, que es considerada la norma sancionadora de consumo de aplicación general.

En la STSJ Madrid 14 mayo 1998, (RJCA 1998\1954) se estimó que “el art. 34.9 de la Ley 26/1984, de 19 julio, en cuanto establece que se consideran infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios, en general, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen, ha de ponerse en relación (por lo que la doctrina denomina relación de dependencia en el grupo normativo) con la Ley de 27 julio 1968, que no constituye desarrollo, pero sí complemento, de la Ley posterior General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. De este modo, “la actuación administrativa sancionadora recurrida encuentra cobertura en el Real Decreto 1945/1983, de 22 junio, sobre Infracciones y Sanciones en Materia de Defensa del Consumidor y de la Producción Agroalimentaria, ya que se trata de un reglamento que si bien tuvo por inicial función la de refundir la normativa existente en materia de inspección y vigilancia de actividades alimentarias, así como la sanción de las correspondientes infracciones, tal y como consta en su exposición de motivos y se desprende de su contenido normativo, no es menos verdad que según la disposición final 2.ª de la Ley 26/1984, a efectos de lo dispuesto en su Capítulo IX, dicho Real Decreto 1945/1983 es de aplicación general y no sólo sectorial”.

También se estima que respeta el principio de tipicidad la norma que sanciona el incumplimiento de determinadas obligaciones que se establezcan por reglamento, por ejemplo, las obligaciones de declarar ciertas circunstancias relativas al producto comercializado o a la empresa. Así, por ejemplo, el incumplimiento de lo establecido en los acuerdos del consejo regulador de

³⁷ Este precepto sanciona el incumplimiento de las normas relativas a documentación, información, libros o registros establecidos obligatoriamente para el adecuado régimen y funcionamiento de la empresa, instalación o servicio y como garantía para la protección del consumidor o usuario.

³⁸ Se sanciona aquí el incumplimiento de las disposiciones u ordenanzas sobre condiciones de venta en la vía pública, domiciliaria, ambulante, por correo o por entregas sucesivas o de cualquier otra forma de toda clase de bienes o servicios.

denominaciones de origen sobre declaraciones de cosecha, elaboración, existencias, crianza y envejecimiento de vinos, pues, a juicio del Tribunal, aunque nos encontramos ante tipos abiertos que precisan de circulares para la completa definición del tipo sancionador, tales circulares no constituyen una tipificación de infracciones sino la imposición de una obligación (SAN 4 abril 2001, RJCA 2001\1230).

Finalmente, los Tribunales estiman que no vulnera la reserva de ley formal en materia sancionadora la Ley General de Sanidad cuando se limita a describir genéricamente las infracciones como acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos en la salud de los consumidores, así como también los incumplimientos o transgresiones de requerimientos, requisitos, condiciones, obligaciones o prohibiciones, o elusión e normas y medidas de vigilancia e intervención, referencias éstas que han de integrarse con lo que, al efecto, dispongan los reglamentos de desarrollo (cfr. STSJ Galicia 31 enero 2002, RJCA 2002\452, sobre la validez de un decreto autonómico que prohibía la publicidad del tabaco).

Estimamos con la mejor doctrina³⁹ que no puede considerarse que una remisión al reglamento tan amplia como la que estamos considerando respete los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora: cuando, como sucede en el art. 49.1 k) del TRLCU, la norma se limita a “tipificar” como infracción el incumplimiento de cualquier obligación establecida en cualquier normativa de desarrollo, no se puede afirmar seriamente que la norma legal contiene el “núcleo esencial de la prohibición”, como tan repetidamente ha exigido el TC a las leyes penales blanco (SSTC 122/1987, 127/1990). Más bien parece que la norma está considerando infracción toda conducta antijurídica conforme a reglamento, lo que está prohibido por el principio de legalidad⁴⁰. Al respecto fue muy elocuente la STS 6 mayo 1997 (RJ 1997\4357): la remisión genérica que la norma cuestionada hacía «a las infracciones que se cometan contra lo preceptuado en el presente Estatuto y en los Reglamentos reguladores de las Empresas y de las Actividades Turísticas», “no cumplimenta las exigencias mínimas del principio de tipicidad sancionadora y desconoce las

³⁹ REBOLLO PUIG, en *Comentarios a la Ley General...*, cit., p.831; CARRASCO PERERA, *Comentarios al TRLCU*, en <http://www.uclm.es/cesco>.

⁴⁰ REBOLLO PUIG, en *Comentarios a la Ley General...*, cit., p. 831; MESEGUER YEBRA, *La tipicidad de las infracciones en el procedimiento administrativo sancionador*, 2001, pp. 20-22.

garantías propias del Estado de Derecho instaurado en nuestro país con la promulgación de la Constitución de 1978”.

2.2.8. El principio de tipicidad en la aplicación de las normas sancionadoras

2.2.8.1. Concordancia de los hechos imputados con la conducta infractora

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\109291⁴¹; 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 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.

⁴¹ 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”.

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\204⁴²).

⁴² 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

- 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 aquella "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.

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

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.

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 ésta sanciona el “utilizar productos zoosanitarios 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 existe no 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*⁴³. En el caso se había

⁴³ 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.

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 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\89⁴⁴).

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

⁴⁴ 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 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.

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 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).

2.2.8.2. La culpabilidad como elemento subjetivo del tipo

En vía administrativa el responsable es la persona a quien sea imputable la infracción, con independencia de si ha contratado con el consumidor. Aunque en vía civil la conducta pueda ser imputada a quienes no son responsables por dolo o culpa de la falta de calidad, como sucede con el promotor que enajena viviendas con defectos constructivos, que responde en virtud de un criterio de imputación distinto cual es su condición de garante de la construcción correcta (cfr. art. 17.3 LOE)⁴⁵, en vía administrativa no cabe la imputación objetiva de las infracciones, por lo que la conducta sancionable ha de ser dolosa o culposa (cfr. art. 130.1 de la Ley 30/1992)⁴⁶.

No obstante, como indicamos en el epígrafe 2.1.11, esta afirmación es controvertida en algunas sentencias y, significativamente, en lo que atañe a la responsabilidad administrativa del promotor por defectos constructivos de las viviendas. De acuerdo con lo establecido en el art. 130.1 de la Ley 30/1992, el promotor no debería ser declarado responsable en vía administrativa si la falta de calidad no le puede ser imputada a título de dolo o negligencia, culpa que no existe por el solo hecho de que el promotor haya contratado a los agentes a quienes sea imputable el defecto (el contratista, el arquitecto), pues no existe culpa *in vigilando* que pudiera extender el ámbito de la responsabilidad por hecho ajeno más allá de lo previsto en el art. 1903 IV CC, y tampoco existe culpa *in eligendo*⁴⁷, ya que al promotor no puede reprochársele que ha elegido mal cuando ha contratado con agentes de la edificación cuya titulación es totalmente regular⁴⁸. Así pues, el promotor responderá de la falta de calidad que le pueda ser imputada por dolo o por culpa, como sucederá en los casos

⁴⁵ El TS ha estimado que el promotor es responsable en todo caso por los defectos constructivos, es decir, incluso aunque resulte perfectamente delimitada la responsabilidad y la causa de los daños sea imputable a otros agentes (STS 24 de mayo de 2007, RJ 2007\4008). Sobre todo ello, ampliamente, v. CORDERO LOBATO, en *Régimen jurídico de la edificación*, de Carrasco Perera / Cordero Lobato / González Carrasco, 2008, pp. 271 y ss., 388 y ss.

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA / T.R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp. 177-179.

⁴⁷ En contra de lo que la jurisprudencia civil ha entendido: STS 19 de junio de 1987 (RJ 1987\4828), STS 8 de octubre de 1990 (RJ 1990\7585), STS 28 de enero de 1994 (RJ 1994\575), STS 21 de marzo de 1996 (RJ 1996\2233).

⁴⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Contrato de obra: responsabilidad por vicios en la construcción; responsabilidad del promotor; culpa *in eligendo*; cuestión de hecho", CCJC 14 (1987), § 369, p. 4719.

en que intervino materialmente sobre la obra (como constructor) y esta actuación fue la causante del defecto, o cuando, pese a no haber procedido materialmente sobre la obra, enajenó el inmueble a sabiendas de los defectos de calidad. Como, en general para el Derecho administrativo sancionador, estima REBOLLO PUIG, si pese a cumplir el deber de cuidado se incurre en la conduce típica y antijurídica, entonces no cabrá infracción (ni sanción), porque ésta requiere la culpa⁴⁹.

La expuesta no es, sin embargo, la jurisprudencia existente en esta materia. En un criterio que se opone frontalmente a los principios que inspiran el Derecho administrativo sancionador, los Tribunales han entendido que, sin perjuicio de las acciones civiles que correspondan, el promotor es responsable en vía administrativa por el solo hecho de haber vendido una edificación que no cumple los estándares de calidad exigidos en el CTE, pues el vendedor está obligado al saneamiento y responde incondicionalmente de los defectos del inmueble (STSJ Valencia 27 junio 2001, JUR 2001\306473⁵⁰) y una cosa es ser responsable de la infracción y otra muy distinta ser responsable del

⁴⁹ REBOLLO PUIG, en *Comentarios a la Ley General...*, cit., p. 850.

⁵⁰ Casi expresamente así la STSJ Valencia 27 de junio de 2001 (JUR 2001\306473), pues aunque el promotor sancionado era, a la vez, constructor, el Tribunal le imputa la responsabilidad en vía administrativa como vendedor que garantiza el saneamiento y que es responsable incondicional por ruina, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. En efecto, a juicio de la sala, "la parte demandante esgrime la falta de "litis consorcio pasivo necesario", lo que presupone que sigue con la mentalidad civilista del fundamento de derecho anterior. El punto de arranque del expediente administrativo es la compraventa de viviendas que hace la parte demandante que a su vez era el constructor de las mismas, los adquirentes observan una serie de deficiencias que pretenden que les sean subsanadas, el actor entiende que tales deficiencias pueden tener origen en la proyección del Arquitecto Superior o en la Actividad del Arquitecto Técnico; lo que no entiende es que los compradores cuando se les presenta un defecto acuden al constructor de la obra y vendedor de la misma para que se efectúen las oportunas reparaciones y, el constructor vendedor está obligado a hacerlas con independencia que luego repita contra el Arquitecto, Arquitecto Técnico o contra quien estime conveniente y, todo ello sin perjuicio de la doctrina existente en la Jurisdicción Civil sobre la responsabilidad de los Arquitectos, Arquitectos Técnicos en orden a su actividad, incluso la teoría de la responsabilidad solidaria caso de no poder determinarse el responsable individual como ocurre en la mayoría de los casos. Con independencia de lo que se acaba de exponer existen elementos ciertos que apuntan la responsabilidad del actor: a) Como vendedor, el art. 1474.2 del Código Civil le hace responsable del saneamiento por vicios o defectos ocultos, b) Como constructor, le hace responsable el art. 1591 c) en el fondo, quien ha elegido al Arquitecto y Arquitecto Técnico no han sido los compradores sino el actor luego es lógico que conforme al art. 1903 en relación con el 1909 del Código Civil se dirijan contra el actor. En definitiva, lo que persigue la normativa de defensa de los consumidores es evitar que en cada reclamación tengan que hacer una auténtica investigación y un peregrinar entre los diferentes sujetos que intervienen en la fabricación o elaboración de un producto, la relación cierta de construcción y compraventa se produjo con el actor y al actor le reclamaron los compradores y al actor se dirigió la Administración".

incumplimiento del CTE. Lo ha explicado con claridad la STS 25 mayo 2004 (RJ 2004\4729):

En relación con la responsabilidad y culpabilidad del recurrente, "... el hecho de que la actora sea responsable de la concreta infracción imputada es independiente de la responsabilidad que en el ámbito de la construcción de viviendas sea atribuible a la empresa constructora o a los técnicos intervinientes y pueda serles exigidas, conforme a las normas de Derecho civil. Como resulta de la sentencia de instancia, *la venta de las viviendas con los defectos apreciados constituye en sí la conducta constitutiva de infracción y consecuentemente sancionada*, «sin perjuicio de las acciones que en vía civil pueda ejercitar (la promotora) y de la posibilidad de repercutir contra la empresa constructora por la imposición de la presente sanción (...)». En la misma línea abunda, incluso, la Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2799) , que aunque no sea ciertamente aplicable por razón de la naturaleza de la responsabilidad y de la fecha de su entrada en vigor, ha venido a ampliar el ámbito de la responsabilidad que ya resultaba de la jurisprudencia anterior para la figura del promotor, en cuanto persona que decide, impulsa, programa, financia y decide el destino de la edificación, respondiendo [solidariamente con los demás intervinientes] ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de la construcción. *Esto es, el promotor resulta obligado a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir, cualquiera que sea el agente interviniente en la edificación al que sea directamente imputable. Y la responsabilidad administrativa que pueda apreciarse no es por el incumplimiento de obligaciones ajenas sino por la propia conducta que consiste en la venta de vivienda con los defectos apreciados*".

Por todo ello, se considera indiferente que el promotor sólo se encargara de gestionar la terminación de la obra empezada por otro, pues no por ello dejó de ser el suministrador final de la edificación (STSJ Cantabria 7 junio 1999, RJCA 1999\2662).

2.2.8.3 La lesión de un bien jurídico como elemento del tipo

La responsabilidad administrativa (y penal) exige que la infracción haya lesionado o puesto en peligro (delitos de peligro) algún bien jurídico. Esta regla ha sido aplicada por el TS en supuestos de consumo: así, en las SSTS 26.4.1999 (RJ 1999\4181) y 12 abril 1999 (RJ 1999\2810) se consideró que, en el caso, la previsión típica aplicada por la Administración contempla como bien jurídicamente protegido la preservación de la cantidad y la calidad ofrecida al

consumidor en el producto alimenticio que adquiere según unas determinadas características y cualidades. A juicio del Tribunal, no se trata sólo de garantizar que la lata de conserva adquirida contenga 85 g/unidad de atún sino también que su contenido neto, según envase, sea de 115 g, lo que le proporciona una determinada cantidad del ingrediente aceite vegetal. Pues no se vende sólo la cantidad de atún sino ésta en las condiciones de conservación, sabor y circunstancias que supone la proporción de atún/aceite que representa el peso neto. El Tribunal concluyó que se atenta al bien jurídico protegido a través de la conducta descrita en la norma por contener las latas de conservas una menor cantidad de atún, pero también, aun respetando ésta, por no llegar al peso neto ofrecido al traducirse ello en una menor cantidad de aceite que determina un peor estado de conservación del producto alimenticio o, cuando menos, en una conservación en diferente estado y con distintas propiedades alimenticias que aquellas en las que se confía legítimamente adquirir el producto.

No obstante, en otras ocasiones, el TS también ha afirmado que, en el ámbito de las infracciones tipificadas en la regla contenida (hoy) en el art. 49.1 d) del TRLCU, la infracción se consuma con la mera alteración de la composición o calidad de los bienes, sin que sea necesario que la misma ocasione un perjuicio individualizado al adquirente consumidor. Así, en la STS 1 abril 1998 (RJ 1998\2785), en un caso en que se habían colocado en la fachada piedras de calidad distinta a la pactada, el TS estimó que pese a “la alegada ausencia de malicia o de perjuicios irrogados a los adquirentes consumidores, ha de recordarse que la existencia o inexistencia de perjuicios económicos concretos respecto a estos últimos no impide la comisión de la infracción administrativa en materia de consumidores y usuarios (artículos 25 y 32 de la Ley de 19 julio 1984 y el artículo 9.6 del RD 1945/1983, aplicable a las sanciones en materia de consumidores y usuarios en virtud de expresa previsión de la Disposición Final Segunda de la primera norma citada). La responsabilidad administrativa ha de ser exigida por la comisión de la infracción debidamente tipificada con absoluta independencia de la responsabilidad civil que pudiera imputarse, y en el artículo 34.4 de la Ley se especifica que la alteración en la composición o calidad de los bienes o servicios objeto de consumo constituye un supuesto típico sancionable, que de ser grave (artículo 36.1) ha de castigarse con una multa de 100.000 a 2.500.000 pesetas, mereciendo la calificación de graves (artículos 3.1.3 y 7.1.2 del RD 1945/1983) las defraudaciones en las que se incumplan las condiciones de cantidad, calidad o composición de cualquier clase de bienes o servicios destinados al

público, así como cualquier otra información y publicidad que induzca a engaño o confusión, que se produzcan en el origen de su producción o distribución, bien sea de forma consciente y deliberada, bien por falta de los controles y precauciones exigibles”.

Estimamos que lo correcto es entender que el incumplimiento de las normas de consumo tiene que afectar a alguno de los intereses del consumidor que constituyen el bien jurídico protegido por la norma sancionadora (cfr. art. 8 del TRLCU): para ser sancionable, la conducta de los agentes ha de haber puesto en peligro la salud o seguridad del consumidor o ha de haberle causado un daño contractual o extracontractual. Cosa diferente es que el mero incumplimiento de las normas que tutelan de modo directo los intereses de los consumidores sean constitutivo de una infracción de consumo por lesionar el interés del consumidor, sin que sea necesaria más prueba sobre cuál es el perjuicio concreto e individualizado que aquél sufre.

2.2.8.3. La calificación de la infracción atendiendo a su gravedad

Como expusimos en la primera parte de este trabajo, el principio de tipicidad también despliega su eficacia en la calificación de la infracción, en una doble vertiente: en primer lugar, la clase de infracción que corresponda ha de venir determinada por una *lex certa* anterior a los hechos; por otro lado, como sucede en general con otras manifestaciones del principio de tipicidad⁵¹, en la resolución sancionadora han de justificarse la razones que, en su caso, se aprecien para agravar la infracción, pues, en otro caso, la infracción habrá de calificarse como leve (STS 21 noviembre 1990, RJ 1990\8635; STSJ Madrid 14 mayo 1998, RJCA 1998\1954), ya que el principio de tipicidad resulta vulnerado cuando no existen razones para calificar una infracción como grave (STS 19 diciembre 1990, RJ 1990\10411).

En la jurisprudencia examinada se aprecian multitud de deficiencias en este ámbito, singularmente en lo que se refiere a la motivación de la agravación de la infracción:

⁵¹ V. *supra* el epígrafe 2.1.13.

Así, por ejemplo, en la STS 29 enero 1994 (RJ 1994\2038), además de haberse sancionado en bloque con una sola multa por distintas “infracciones de consumo” si especificar la norma infringida, se reprocha que también se observa en la resolución una quiebra de los principios de legalidad y tipicidad en la calificación de gravedad de la infracción, pues “no recoge ninguna motivación o manifestación de por qué aquéllas circunstancias legales a tener en cuenta, deben ser apreciadas en el caso para llegar a aquel grado de calificación, no especificando, por ejemplo, el posible beneficio ilícito obtenido con alguna de aquellas infracciones que se recogen. El mismo reproche puede encontrarse en las SSTS 18 marzo 1998 (RJ 1998\3497, 21 noviembre 1990 (RJ 1990\8635), 19 diciembre 1990 (RJ 1990\10411).

Es más, la motivación de la agravación de la infracción no sólo exige que las razones que la funden se hagan constar en la resolución sancionadora, sino que, además, *estas circunstancias concurrentes agravatorias han de resultar plenamente probadas a lo largo del procedimiento sancionador*. Así, por ejemplo, en un caso en que la circunstancia agravante consistente en que la conducta hubiera alterado gravemente las relaciones socioeconómicas o fuera susceptible de producir graves alteraciones fue deducida de los datos económicos de las principales empresas de la distribución textil que habían sido extraídos de revistas especializadas, el TSJ Cataluña en sentencias de 30 mayo 2005 (RJCA 2005\441) y 16 septiembre 2004 (RJCA 2004\950) consideró que “los datos recogidos en las revistas especializadas, por muy exhaustivo que sea el análisis que de los mismos haya hecho el Instructor del procedimiento, no parecen suficientes para convertir la infracción en muy grave, sobre todo si no van acompañados de otras pruebas de mayor calado y contundencia que acrediten haber dado o podido dar lugar a perjuicios que, por su importancia, hayan alterado gravemente las relaciones socio-económicas o sean susceptibles de producir graves alteraciones, lo que no se aprecia probado”, por lo que concluye que “la infracción cometida no puede ser calificada como muy grave, al no concurrir la circunstancia aludida”.

2.2.8.4. La tipicidad de las sanciones. Determinación de la sanción aplicable

Dado que el principio de tipicidad no se proyecta sólo sobre las infracciones sino también sobre las sanciones que se impongan en virtud de

aquéllas, también es preciso que sanción impuesta esté definida con carácter previo en una *lex certa* como la consecuencia jurídica de la infracción en cuestión. De este modo, no basta que el hecho sea constitutivo de infracción, sino que es preciso que la sanción impuesta sea, precisamente, la contemplada en la norma como consecuencia jurídica y no otra. Por ello es inaceptable que, tipificados los hechos en una concreta infracción, la sanción que se imponga sea la correspondiente a otra infracción. Así, por ejemplo, que se tipifiquen los hechos en un determinado precepto de la normativa sobre condiciones higiénico-sanitarias para el transporte de carnes y despojos y que, sin embargo, y sin mayor motivación, se aplique una de las sanciones establecidas en el RD 1945/1983 (STS 3 julio 1989, RJ 1989\5322).

2.2.8.5. La determinación de las sanciones de cuantía variable

Cuando la sanción prevista por la norma es de cuantía variable, en la resolución sancionadora han de indicarse las razones que, en su caso, justifiquen la imposición de la sanción en una cuantía superior a la mínima (SSTSJ Islas Baleares 23 noviembre 1999, RJCA 1999\4068; Murcia 7 diciembre 1999, RJCA 1999\4457), sin que, a estos efectos, basten las referencias genéricas a los criterios legales (STSJ Murcia 7 diciembre 1999, RJCA 1999\4457). Entre las circunstancias utilizadas para imponer la sanción en su cuantía más elevada no pueden hallarse los hechos tipificados, pues éstos no son criterios de agravación de la sanción sino presupuesto de la tipificación. Así se estimó en la STS 15 abril 1988 (RJ 1988\3080) conforme a la cual "... es el órgano sancionador el que, al tiempo de cuantificarla, cuando la misma discurre entre un mínimo y un máximo, debe justificar por qué la impone en su mayor cuantía, y, aunque el acuerdo impugnado se basaba o motivaba en la actitud dolosa de la Empresa y en su connivencia para la comercialización del aceite, ello no justifica tal decisión por constituir, precisamente, el presupuesto de la tipificación legal, ante la cual la norma permite que aquélla se imponga en una cuantía variable, y por esto, en aras de esa proporcionalidad que se alega, para que la máxima, la media o la mínima se impongan deberán concurrir y tenerse en cuenta circunstancias específicas que, aunque naturalmente han de afectar a los hechos tipificados, no pueden identificarse con ellos".

Por otra parte, como es obvio, la concurrencia de cualquier circunstancia que pueda determinar la procedencia de imponer la sanción en una cuantía superior a la mínima ha de probarse debidamente, sin que, por ejemplo, sea admisible la alegación de una circunstancia que ni siquiera consta en el expediente (cfr., en relación con una supuesta reincidencia, la STSJ Andalucía 20 julio 1998, RJCA 2491).

Por lo demás, si concurre el tipo legal, la sanción prevista no puede reducirse por ningún criterio comparativo con respecto a lo decidido en otras CCAA, sino sólo atendiendo a criterios de estricta legalidad (STS 18 marzo 1998, RJ 1998\3497). Y no hay que olvidar que la constitucionalidad de las regulaciones divergentes entre las CCAA ha sido admitida por el TC siempre que las mismas no distorsionen el principio de unidad de mercado⁵².

Junto al principio de proporcionalidad es, nuevamente, el de tipicidad el que determina todas estas exigencias.

2.2.8. El procedimiento sancionador de consumo y el principio de tipicidad

El principio de tipicidad se manifiesta en diversas de las reglas que rigen el procedimiento administrativo sancionador y que fueron expuestas en la primera parte de este trabajo⁵³. Exponemos a continuación la jurisprudencia contencioso-administrativa existente sobre estas reglas en procedimientos de consumo:

A) Los hechos que tipifican la infracción han de ser comunicados al infractor, como exigen los artículos 54 y 135 de la Ley 30/1992 y 13 del RD 1398/1993. En relación con una infracción en materia de disciplina de mercado, y en un caso en que ni siquiera se habían indicado en el pliego de cargos los hechos concretos que se imputaban al presunto infractor, en la STS 8 abril 1989 (RJ 1989\2920) se estimó que esta omisión vulneraba el principio de

⁵² Sobre ello, ampliamente, CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO: "Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales", *Derecho Privado y Constitución*, nº 5, 1995, pp. 9 ss.

⁵³ V. el epígrafe 2.1.14.

tipicidad de las infracciones al no saberse los hechos concretos que tipificaban la infracción en cuestión, lo que evidentemente producía indefensión a la recurrente y vulneraba el art. 24 CE, pues ello impedía que sobre tales hechos se pudiera ejercer legítimamente su derecho de defensa⁵⁴.

B) La resolución sancionadora también ha de identificar la norma infringida que sirve de base a la sanción. Así se desprende de lo establecido en la legislación sobre procedimiento administrativo (cfr. arts. 54 y 135 de la Ley 30/1992 y 13, 16.3, 19.1 y 20.5 del RD 1398/1993) en la medida en que se exige que el responsable sea notificado –entre otros extremos- de las infracciones que los hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les puedan imponer. De este modo, no está ajustada a Derecho la resolución que sanciona en bloque con una sola multa por distintas “infracciones de consumo, sin distinguir, por tanto, la proporción de la cantidad que correspondería a cada una de las infracciones y, además, sin especificar la norma infringida (STS 29 enero 1994, RJ 1994\2038). Similar reproche merece la resolución que sanciona por la infracción prevista en “el artículo 34 LCU”, sin indicar el tipo escogido en el que es subsumible la acción u omisión, silenciando, de este modo, la infracción concreta de cuya omisión se hace responsable a la recurrente; de este modo, como quiera que el art. 34 LCU contiene diversos apartados y cada uno de ellos contempla entre dos y tres conductas diferentes, lo que arroja como resultado la descripción de más de veinte infracciones en el citado precepto, el acto recurrido, al no precisar, ni siquiera de manera aproximada, la concreta infracción atribuida al actor, estuvo claramente viciado de falta de motivación, causando así una real y efectiva indefensión a la recurrente (STSJ Canarias 9 abril 1999, RJCA 1999\891). Así también, aunque se admite la validez de la ley penal en blanco en el ámbito del Derecho

⁵⁴ En el caso se había impuesto una sanción de multa como consecuencia de una presunta infracción en materia de disciplina de mercado consistente, respecto de un determinado producto lácteo, en la «declaración de propiedades que directa o indirectamente induzcan a las madres a no amamantar a sus hijos o sugieran qué alimentos que reemplacen o complementen a la lactancia materna son superiores a ésta», vulnerando, así, el art. 15.1.3 del Real Decreto 1424/1982, de 18 de junio, en relación con los apartados 2.1.1 y 2.3.3 del art. 2.º del Real Decreto 1945/1983. En el expediente faltaba toda explicación sobre cuál era el hecho sancionado y únicamente se hacía referencia genérica a una publicación que, además, fue llevada al procedimiento sancionador como prueba por el propio recurrente.

administrativo sancionador⁵⁵, ha de indicarse la norma reglamentaria de desarrollo infringida, so pena de indefensión (STSJ Madrid 25 marzo 2003, RJCA 2003\923). En un sentido similar a las sentencias anteriores, la STSJ Castilla y León 22 marzo 2001 (RJCA 2001\72). Ahora bien, los Tribunales han admitido que el hecho de que la resolución sancionadora contenga una relación completa de las normas infringidas por los hechos sancionados subsana el hecho de que en algún momento de la resolución se haga una referencia a una norma legal que no guarde relación alguna con la materia objeto de controversia (STSJ Galicia 28 abril 2004, RJCA 2004\700). Por otra parte, también se ha estimado que el error en la indicación de la norma infringida no anula la sanción, por falta de tipicidad, si en el caso concreto no se ha producido indefensión y la sanción correspondiente sería equivalente (cfr. en un caso en que se apreció que el recurrente pudo alegar lo que a su derecho convino para rebatir los hechos incorrectamente tipificados, STSJ Andalucía 29 octubre 2001, JUR 2002\12256⁵⁶). Además, los Tribunales han estimado que la motivación múltiple de la resolución sancionadora no constituye falta de tipicidad ni causa indefensión, aunque pueda ocasionar cierta confusión sobre la norma que se haya tipificada la conducta sancionada (en un caso de encefalopatías espongiiformes transmisibles, que afectaban tanto al ámbito de la sanidad animal como al ámbito de protección de los consumidores y del medio ambiente, así como al propio régimen establecido en su regulación específica, cfr. STSJ Castilla y León 12 mayo 2006, RJCA 2006\522⁵⁷).

⁵⁵ V. *supra* epígrafe 2.1.7 y, específicamente, en el ámbito del Derecho de consumo, el epígrafe 2.2.7.

⁵⁶ Según esta sentencia, todo ello en modo alguno implica, como mantiene la recurrente, que se esté ante unos hechos no tipificados en ningún precepto, sino que los hechos o conducta típica sí están tipificados y de los mismos cuando le fueron imputados tuvo perfecto conocimiento como lo demuestra que ha hecho alegaciones para rebatirlos, todo lo cual nos lleva a que ha de mantenerse la sanción impuesta, y el error padecido por la Administración, en cuanto al encuadramiento de la conducta en unos apartados distintos, no tiene trascendencia alguna, toda vez que no se ha generado situación de indefensión, ni tiene trascendencia a efectos de la cuantía de la sanción, ya que se sanciona como leve.

⁵⁷ En esta sentencia se estimó que la exhaustiva cita de preceptos en los que podría encajar la conducta sancionada constituye una práctica administrativa que tiene como efecto cierta confusión sobre la norma que tipifica la conducta sancionada, lo que devalúa el fin que pretende (justificar con mayor intensidad la legalidad de la resolución sancionadora adoptada), pero que –en el caso– no justifica la ausencia de tipicidad ni la falta de ajuste de los hechos a

C) Pese a no concretar el *quantum* de la sanción (con infracción, pues, del art. 18 RD 1398/1993), **la propuesta de resolución es válida si especifica los hechos objeto de enjuiciamiento y el precepto legislativo determinante de su tipicidad.** Así se estimó en la STS 15 septiembre 1990 (RJ 1990\9026):

“Ciertamente, la propuesta de resolución de 26 de mayo de 1982, no concreta ni el «quantum» de la sanción ni la «Autoridad competente», a la que se remite el expediente, pero no es menos cierto que en ella se especifican los hechos objeto del enjuiciamiento administrativo, así como el precepto legislativo determinante de la tipicidad antijurídica de aquellos, no menos que la expresa alusión a la gravedad de la infracción de acuerdo con el art. 5 del D. 3052/66 de 17 de noviembre, que tácitamente viene a prefigurar la competencia del Consejo de Ministros para la adopción del acuerdo sancionador. Por otra parte, los hechos aludidos en tal propuesta han sido sancionados en el acuerdo impugnado y conocidos por el recurrente desde el comienzo del expediente que los ha contemplado y rebatido exhaustivamente tanto en el propio expediente como en estos autos, por lo que en modo alguno ha existido ni la más mínima dosis o componente de indefensión para el mismo sin que la concreción de los datos omitidos en la propuesta de resolución hubiera variado en modo alguno el contenido de la sanción impuesta, por lo que han de entenderse cumplidos los fines y función legalmente perseguidos en la citada propuesta”.

D) Si bien el órgano encargado de resolver está vinculado por los hechos determinados en la fase de instrucción del procedimiento (art. 20.3 del RD 1398/1993, salvo que previamente haya decidido la realización de actuaciones complementarias con la consiguiente audiencia de los interesados), **no sucede lo mismo con respecto a las calificaciones y ponderaciones que se hagan en la propuesta de resolución, pues el órgano resolutorio dispone de libertad de juicio en la valoración de los hechos.** De este modo, en el ejercicio de su insoslayable independencia, los órganos administrativos encargados de resolver disponen de libertad de juicio en la calificación jurídico-administrativa de los hechos (STSJ Aragón 24 octubre 1997, RJCA 1997\2217), **aunque lo que ya no**

los preceptos que tipifican la infracción, pues el que así se hiciera no ocasiona indefensión alguna a la parte recurrente.

podrán hacer es imponer una sanción diversa y de mayor entidad que la que conste en la propuesta de resolución (STSJ Islas Baleares 23 noviembre 1999, RJCA 1999\4068).

2.2.10. Un problema de competencia: las tipificaciones concurrentes

La posibilidad de que los hechos puedan ser encuadrados en diversas infracciones, en la medida en que ello pueda determinar el órgano competente para sancionar, es una cuestión sobre la que trataremos ampliamente en la segunda parte de este trabajo. Aquí sólo queremos dejar constancia de que los elementos del tipo de la infracción pueden determinar la Administración competente y, eventualmente, la norma que sea territorialmente aplicable.

En este sentido, hay que afirmar que *las conductas que integran el tipo – y sólo éstas- constituyen puntos de conexión para determinar la ley aplicable y la Administración territorialmente competente*. Por ejemplo, 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 hayan realizado actividades publicitarias, informativas, entrega y devolución del producto y el pago del precio, pues todas ellas son actividades extrañas al tipo legal de infracción (STSJ Cataluña 29 marzo 2001, RJCA 2001\1494⁵⁸). Igualmente, si entre los elementos del tipo no sólo se encuentra la protección de los intereses colectivos de los consumidores, sino también su interés individual, entonces no hay *bis in idem* prohibido por el hecho de que por diversas Administraciones públicas hayan impuesto múltiples sanciones por publicidad engañosa en relación con el mismo producto, tantas como consumidores afectados (STSJ Castilla-La Mancha 7 junio 2002, RJCA 2002\790).

⁵⁸ Por esto, la interpretación que la Generalitat 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. Los que concretamente integran y constituyen el tipo se han realizado totalmente e íntegramente en Lugo.

3. SEGUNDA PARTE: COMPETENCIA SANCIONADORA EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA SOBRE CONSUMO

3.1. INTRODUCCIÓN A LA COMPETENCIA SANCIONADORA EN MATERIA DE CONSUMO

Una de las asignaturas pendientes del Legislador es el establecimiento de instrumentos normativos que eviten el solapamiento entre infracciones de consumo e infracciones sectoriales. Y es que la regla conforme a la cual la competencia sancionadora es instrumental de la competencia material (SSTC 87/1985, 15/1989, 243/1994) no resuelve el conflicto cuando, como es habitual en muchas normas autonómicas, las competencias materiales alegadas son varias, y entre ellas se encuentra la defensa de los consumidores y usuarios (como sucede, por ejemplo, en Castilla-La Mancha, con la Ley 6/1999, de calidad del suministro eléctrico, y con la Ley 7/2007, de calidad agroalimentaria, que, sin embargo, siguen encomendando la competencia a las autoridades competentes por razón de la materia⁵⁹ y, por tanto, planteando las mismas dudas competenciales). De hecho, como se ha señalado, “el régimen administrativo de consumo ha llegado a una situación de *impasse* en la que los tipos de conducta determinados vienen tipificados al mismo tiempo como infracciones de consumo y como infracciones a un régimen administrativo sectorial... Se produce una situación casi universal de *bis in idem*, sin que existan reglas claras que disciplinen el concurso de normas ni la prevalencia entre los distintos regímenes y autoridades competentes”⁶⁰. La Ley 44/2006 no contribuyó a clarificar este problema, ni tampoco lo ha hecho el TRLCU, que en su ... art. 47.3, faculta a la Administración de consumo para sancionar “las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica”, sin establecer tampoco qué criterios se van a utilizar para evitar situaciones de *bis in idem*.

⁵⁹ Así sucede con el art. 70 de la Ley 7/2007 y con la disposición adicional de la Ley 6/1999.

⁶⁰ CARRASCO PERERA, en *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, dirigido por Angel Carrasco, 2002, pp. 412-413.

Pero las lagunas en materia competencial no se producen sólo por la coexistencia de infracciones de consumo con infracciones establecidas en la legislación sectorial. A este problema se debe sumar el ocasionado por las infracciones suprarregionales, cuando las conductas tipificadas se desarrollan, o se manifiestan o se proyectan sobre distintas CCAA. En este punto, el autor del TRLCU se ha limitado a reiterar la regla anterior, conforme a la cual “las infracciones se entenderán cometidas en cualquiera de los lugares en que se desarrollen las actividades u omisiones constitutivas de las mismas y, además, salvo en el caso de infracciones relativas a los requisitos de los establecimientos e instalaciones o del personal, en todos aquellos en que se manifieste la lesión o peligro para los intereses de los consumidores y usuarios protegidos por la norma sancionadora” (art. 47.2 del TRLCU). Como se ha criticado, “lo que de verdad podía y debía haberse esperado del legislador estatal de consumo, y un cometido para el que indudablemente estaba investido de competencias, era la determinación de la Administración competente y de la ley aplicable cuando las conductas tipificadas como infracciones se desarrollen o se manifiesten o se proyecten sobre distintas Comunidades Autónomas. No lo ha hecho, y se ha limitado a repetir en el art. 47.2 la regla preexistente... En consecuencia, en las infracciones difusas se declaran competentes todas las Comunidades Autónomas afectadas, y no se establece regla de preferencia o de orden. Ni tan siquiera se atreve el legislador estatal a introducir una modesta regla de prioridad temporal en la instrucción, ni a idear otro mecanismo cualquiera que impida que se produzcan situaciones de sanciones *bis in idem*”⁶¹.

El objeto de las páginas que siguen es mostrar al lector cómo se han planteado y solucionado estos problemas competenciales en la jurisprudencia contencioso-administrativa recaída hasta la fecha y, por tanto, antes de las modificaciones introducidas por el TRLCU y también, por razones temporales, de las introducidas por la Ley 44/2006.

3.2. LA COMPETENCIA SANCIONADORA MATERIAL SOBRE CONSUMO: INFRACCIONES DE CONSUMO E INFRACCIONES SECTORIALES

⁶¹ CARRASCO PERERA, *Comentarios al TRLCU*, , <http://www.uclm.es/cesco>

3.2.1. Sectores con concurrencia de competencias en la jurisprudencia contencioso-administrativa

Ofrecemos a continuación una exposición sobre cuáles han sido los conflictos de competencia material que se han planteado ante los Tribunales en materia sancionadora.

3.2.1.1. Productos alimenticios

Los productos alimenticios son un sector material en el que, junto a la competencia sancionadora de consumo (cfr. diversos apartados del art. 49.1 del TRLCU y concordantes del RD 1945/1983, así como de otras reglamentaciones específicamente referidas a los productos alimenticios⁶²) confluyen otras competencias sectoriales, como son, singularmente, las competencias sobre agricultura y ganadería y, por otro lado, las competencias sobre sanidad y producción agroalimentaria.

- A) En relación con los productos alimenticios de origen animal, es antigua y conocida la posible concurrencia de competencias sobre **agricultura y ganadería vs. consumo**. Cuando la sanción viene motivada por un defecto de calidad, de etiquetado, de cantidad, etc., de los productos alimenticios, la jurisprudencia resuelve este conflicto a favor de la competencia sobre consumo. Así, la STSJ Castilla y León 16 julio 2001 (RJCA 2001\1085), frente a hechos consistentes en elaboración de queso de oveja con un porcentaje de leche de vaca, defectos de etiquetado e inclusión de denominaciones no contempladas en la regulación específica, el TSJ estima que nos encontramos ante infracciones de consumo (por fraude y clandestinidad en materia de defensa de la calidad de la producción agroalimentaria), esto es, como infracciones en materia de protección del consumidor para las que no resultan competentes ni los Jefes de los Servicios Territoriales de industria y Ganadería ni la Dirección General de Industrias Agrarias. Igualmente, en la STS 9 julio 1985 (RJ 1985\4940, en la que, sin embargo, no se discutía un problema

⁶² Una completa exposición en CARRASCO PERERA (director), *El Derecho de consumo...*, cit., pp. 179 y ss.

de competencia sancionadora sino de competencia sobre determinadas autorizaciones) se afirmó que la actividad de envasado y venta al público de aceite comestible de oliva caía dentro de la competencia en materia de agricultura en cuanto realizada por los agricultores (con sus propios productos, en el caso), aunque, por otro lado, la actividad en cuestión, por su habitualidad y demás circunstancias concurrentes, así como por su carácter mercantil, debía ser encuadrada dentro del cometido competencial relativo al comercio. El TS parece concluir que cuando la infracción se produce en el desempeño de una actividad comercial o mercantil, ésta es la competencia relevante.

- B)** En relación con las infracciones relativas a productos sujetos a reglamentaciones técnico-sanitarias, existe un conflicto entre las **competencias de sanidad y control de la producción agroalimentaria vs. consumo** (así, por ejemplo, en el art. 70 de la Ley de Castilla-La Mancha 7/2007, la competencias relativas al control de calidad agroalimentaria son encomendadas a la Dirección General competente en esta materia). Los Tribunales han entendido que el hecho de que la actividad del empresario esté sujeta a la potestad de policía sanitaria no impide el ejercicio de otras potestades relativas al consumo. Muy elocuente fue al respecto la STSJ Galicia 15 abril 2002 (RJCA 2002\958) al afirmar que el hecho de que una conducta se tipifique en una norma sustantiva no impide que pueda encajar también en otra distinta que proteja otro bien jurídico diferente, todo ello sin perjuicio de la aplicación del principio “non bis in idem”, de modo que las conductas imputadas podrían sancionarse aplicando las normas sancionadoras contempladas en la legislación sanitaria y en la de defensa del consumidor si el bien jurídico protegido en unas y otras fuera diferente, o sólo en una de ellas si fuera idéntico, que es lo que se aprecia en el caso. Así también, en la STS 28 mayo 1979 (RJ 1979\2600), el TS estimó que las potestades de policía sanitaria y sobre el comercio son la consecuencia de competencias que, aun operantes sobre una misma actividad, la enfocan desde distintas perspectivas y con diferentes finalidades, por lo que son perfectamente compatibles. Así, se viene a concluir que cuando aparecen en el mercado mercancías y productos que contravienen la reglamentación técnico-sanitaria,

existe competencia sancionadora de la Administración competente en materia de comercio, y ello con independencia de que esta clase de productos deba someterse a un control preventivo higiénico-sanitario a cargo de la Administración competente en materia de sanidad.

Ahora bien, no sólo se ha afirmado, como hemos visto, que la existencia de potestades sanitarias no impida el ejercicio de otras potestades relativas al consumo. Los Tribunales también han estimado que no se trata de competencias intercambiables, pues el hecho consistente en elaborar productos alimenticios contraviniendo la reglamentación técnico-sanitaria es constitutivo de una infracción en materia de consumo y no de sanidad, pues el producto objeto de la infracción (aceite, en el caso) está destinado de modo directo al consumo humano, con lo que, al sancionar dicha infracción, la Administración está protegiendo la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos del consumidor, impidiendo que se elabore para el consumo humano un producto en que se utilizan materias primas no autorizadas, por lo que, por su caracterización, la sanción ha de encuadrarse en el concepto de defensa del consumidor y el usuario" (STS 28 febrero 1995, RJ 1995\1491).

- C) Si el producto alimenticio en cuestión disfruta de alguna **denominación de origen**, nuevamente se plantea un conflicto potencial entre las competencias de consumo y las relativas al control sobre las calidades exigidas por la denominación de origen. En la STS 24 enero 1998 (RJ 1998\1080), y haciendo suyos los argumentos de instancia, el TS estimó que disposiciones que reglamentan las denominaciones de origen no se defienden sólo los intereses de la denominación, sino muy especialmente los intereses de los consumidores, quienes, de adquirir productos amparados en tal denominación y haber confiado en las garantías que su utilización conllevaba, se verían defraudados por cualquier falseamiento o indebida consignación de tal denominación, razones todas ellas por lo la materia se encuadraba igualmente en las competencias sobre comercio interior y defensa del consumidor.

Ahora bien, el TS también ha considerado que la colisión entre la competencia sancionadora autonómica sobre defensa de la

producción agroalimentaria y la competencia sancionadora del consejo regulador sobre los productos incluidos en la denominación ha de resolverse a favor de éste último (STS 19 diciembre 2001, RJ 2001\6484).

3.2.1.2. Libros

La venta de libros está sujeta a un régimen intervenido de precios cuyo designio fundamental no es proteger al consumidor sino a la industria de libro en su conjunto. No obstante, también de estas normas pueden derivarse derechos del consumidor, en la medida en que, por ejemplo, el precio de venta fijado por el editor sea indebidamente incrementado por los comerciantes (art. 9 de la Ley 10/2007, de 22 de junio, reguladora de la lectura, del libro y de las bibliotecas). No es éste el tema que se ha planteado en los Tribunales, sino tan sólo la competencia para sancionar las infracciones consistentes en la venta de libro sin impresión del precio fijo de venta que, en algunos casos, es atribuida al órgano competente en materia cultural (STSJ Cataluña 5 junio 2000, RJCA 2000\1560) y, en otros, al órgano competente en materia de comercio (STSJ Comunidad Valenciana 4 abril 1998, RJCA 1998\1290). Ambas decisiones son admisibles en el marco de la Ley 10/2007, cuyo art. 16 encomienda la potestad sancionadora a “los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que la tengan atribuida por razón de la materia”.

3.2.1.3. Actividades de promoción de ventas y modalidades de venta

3.2.1.3.1. Ventas en rebajas

Que sepamos, la única concurrencia competencial que se ha planteado en este ámbito material ha sido la de consumo y la de ordenación mercantil de la competencia. Ante una sanción impuesta por la realización de venta en rebajas fuera de la época fijada mediante un Decreto autonómico que, en este ámbito, desarrollaba las previsiones contenidas en el art. 25.2 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, y frente a la alegación de que ello constituía ordenación mercantil de la competencia, de exclusiva competencia estatal, el TSJ de Cataluña, en sentencia 30 mayo 2005 (RJCA 2005\441), estimó que esta regulación no podía entenderse como el ejercicio de competencias en materia de ordenación mercantil de la competencia, ni

suponía una alteración de los derechos y obligaciones de los comerciantes establecidos en la Ley 7/1996, sino sólo la concreción de unas fechas dentro de un plazo preconfigurado por el Estado.

3.2.1.3.2. Promoción de ventas mediante juego

La promoción de ventas mediante juego plantea la cuestión de si la competencia para sancionar las infracciones que se produzcan en torno a ella está atribuida a las autoridades competentes en materia de juego o si, por el contrario, ha de estimarse que su conocimiento está atribuido a las autoridades de consumo, dado que la promoción de ventas a través del juego está específicamente contemplada en la legislación de defensa de los consumidores (art. 20 del TRLCU). En la STS 2 octubre 1995 (RJ 1995\6999) se estimó que si el sistema de promoción de ventas elegido por la empresa interesada es un juego (una rifa a cambio de la compra de un periódico), la aplicación de la legislación protectora de los consumidores y usuarios no puede impedir la de la legislación del juego *en aquellos casos en que una y otra son perfectamente compatibles*, como se estima que sucede en el caso con la prohibición de efectuar publicidad y con la obligación de abonar el pago de las tasas previstas en la legislación del juego.

No se plantea en la sentencia qué sucedería con una infracción que consistiera, por ejemplo, en la manipulación de los juegos en perjuicio de los jugadores o apostantes, o en el impago total o parcial a los apostantes de las cantidades ganadas (v. el RD-Ley 2/1987, de 3 de julio, supletorio de la legislación autonómica). Por ejemplo, en Castilla-La Mancha, donde estas infracciones (previstas en el art. 32 de la Ley regional 4/1999, de 31 marzo, del Juego) son sancionables por el Consejo de Gobierno, el Consejero de Administraciones Públicas o el Director General de Administración Local (v. art. 41 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/1999), habrá que determinar si, sobre todo antes de la regla contenida en el art. 47.3 del TRLCU (y antes, desde la Ley 44/2006, en el art. 32.5 de la LCU), las autoridades competentes en materia de consumo son también competentes para sancionar estas infracciones como fraudes en la prestación de bienes y servicios [hoy en el art. 49.1 d) del TRLCU].

3.2.1.3.3. Venta a pérdida

En aquellas normas que tipifiquen como infracción la venta a pérdida se plantea un conflicto potencial entre las competencias autonómicas sobre consumo y las que puedan corresponder a los órganos de defensa de la competencia por la realización de aquellas conductas que sea constitutivas de infracción tipificada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (v. su art. 62). En la STSJ Comunidad Valenciana 15 enero 1999 (RJCA 1999\27) se estimó que la posibilidad de este conflicto no impedía que la Comunidad Autónoma ejercitara las competencias que le son propias en la regulación del comercio y del consumo.

3.2.1.4. Vivienda. Las Viviendas de Protección Oficial

La vivienda es objeto de múltiples regulaciones, tanto estatales como autonómicas, que tutelan muchos intereses de los adquirentes: obligaciones de información, defectos constructivos, cantidades adelantadas, accesibilidad, habitabilidad, acceso a servicios de información, etc⁶³. Y buena muestra de ello es el elevado número de sentencias que, ante la existencia de defectos constructivos, tienen por objeto la legalidad de infracciones de consumo por la adición o sustracción de cualquier sustancia o elemento, la alteración de su composición o calidad, el incumplimiento de las condiciones que correspondan a su naturaleza o garantía, el arreglo o reparación de bienes duraderos y, en general, por cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida conocer la verdadera naturaleza del bien o servicio [art. 49.1 d) del TRLCU; cfr. también arts. 3.1.1 a 3.1.5 del RD 1945/1983, y la legislación autonómica]⁶⁴. Lo mismo se podría decir con respecto a las infracciones por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el RD 515/1989, o del régimen de cantidades adelantadas en la construcción y venta.

⁶³ Toda esta regulación está expuesta en PERERA (director), *El Derecho de consumo...*, cit., pp. 107 y ss.

⁶⁴ SSTs 30 septiembre 1997 (RJ 1997\6466), 1 abril 1998 (RJ 1998\2785), 25 mayo 2004 (RJ 2004\4729), 24 mayo 2007 (RJ 2007\4008); STSJ Valencia 27 junio 2001 (JUR 2001\306473), Cantabria 7 junio 1999 (RJCA 1999\2662), Madrid 17 enero 2006 (JUR 2006\120826), etc.

En la generalidad de los casos la competencia es exclusiva de las autoridades de consumo. No obstante, y aunque, que sepamos, no hay pronunciamientos judiciales sobre ello, existe un **potencial conflicto entre consumo y urbanismo** en relación con aquellos incumplimientos de los intereses de los consumidores que se concretan en unas determinadas condiciones físicas de la vivienda y, en general, de la edificación y de sus instalaciones. Así sucede, por ejemplo, con aquellas lesiones de los intereses de consumidores, constitutivas de infracciones de consumo que, a su vez, constituyan un incumplimiento al plan general de ordenación urbana (como se constató, por ejemplo, en la STSJ Madrid 10 febrero 2000, RJCA 2000\1144, ante una plaza de garaje de dimensiones inferiores a las ofrecidas y con difícil acceso, todo ello en contravención del plan general de ordenación), o bien un incumplimiento de la normativa técnica (por ejemplo, el Código Técnico de la Edificación) o de la normativa sobre accesibilidad o habitabilidad, constitutivo todo ello de una infracción urbanística.

Singular es el caso de las **Viviendas de Protección Oficial**, pues el conocimiento de los incumplimientos a su normativa específica, normalmente están atribuidos por las CCAA a los departamentos competentes en materia de obras públicas o vivienda (cfr., SSTs 15 enero 2003, RJ 2003\348; 17 junio 2001, RJ 2001\7044; 14 junio 2001, RJ 6953), siendo así que –que sepamos– hasta ahora y, por tanto, antes de la regla que en el art. 32.5 de la LCU introdujo la Ley 44/2006 (recogida por en el art. 47.3 TRLCU), no se ha planteado en los Tribunales ningún conflicto competencial entre estas autoridades y las de consumo.

3.2.1.5. Gasolineras

El suministro de combustibles está sujeto a diversas normas estatales y autonómicas cuyo designio es la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y que se concreta en el establecimiento de obligaciones de información, de facturación, de disposición de hojas de reclamaciones, diversas obligaciones relativas a los aparatos surtidores y a los útiles necesarios para la comprobación de la cantidad dispensada, cumplimiento de especificaciones técnicas de calidad de los combustibles,

etc.⁶⁵. Según resulta de la jurisprudencia, en este ámbito material las competencias sancionadoras en liza son la de industria y, lógicamente, la de consumo. A la luz de la jurisprudencia, la competencia prevalente es la de consumo y no la de industria:

Así, en un caso en que la estación de servicio carecía de hojas de reclamaciones, y dado que la normativa (estatal) de aplicación (el RD 1905/1995) impone tal obligación “de acuerdo con la normativa vigente en materia de defensa de los consumidores y usuarios”, se estimó que se trataba de una infracción en materia de consumo y que la competencia para sancionar no correspondía a las autoridades (autonómicas) competentes en industria sino en consumo (STSJ Islas Baleares 20 diciembre 2002, JUR 2003\16723). Así, ante una infracción similar, también en STSJ Andalucía 27 marzo 2000 (RJCA 2000\941) la competencia se resolvió a favor de las autoridades competentes en materia de industria y trabajo, dadas las competencias propias asumidas por las mismas en materia de consumo.

Es también la Administración de consumo y no la de industria la competente para sancionar la carencia en la estación de servicio de matraz de diez litros, como medida de comprobación, lo que, en el caso resuelto en la STSJ Baleares 20 diciembre 2003 (JUR 2003\16723) determinó la anulación de la resolución sancionadora dictada por la Consejería de Industria.

En la STSJ Canarias 20 febrero 1999 (RJCA 1999\363) se estimó que también constituía una infracción de consumo tipificada en el art. 34.4 LCU y en el art. 3.1.1 del RD 1945/1983 la conducta del recurrente que suministraba gasóleo contaminado con un producto más pesado que el gasóleo de automoción, y todo ello aunque no fuera el autor de la alteración, adulteración o fraude, y sin perjuicio de la responsabilidad exigible a los que elaboraron el gasóleo, pues se estima que el actor obró con descuido y de forma negligente al suministrar un bien sin cerciorarse previamente de la calidad del mismo.

Es también una infracción de consumo, encuadrable en los arts. 34.8 y 9 LCU y 3.1.4 y 5.1 del RD 1945/1983, la conducta consistente en que el surtidor de mezcla no indique el tipo de gasolina y aceite empleado (STSJ Baleares 30 noviembre 1996, RJCA 1996\1946).

⁶⁵ Esta regulación está expuesta en CARRASCO PERERA (director), *El Derecho de consumo...*, cit., pp. 160-161.

No obstante, en un caso en que las inexactitudes en la medición de los suministros entraban dentro de los márgenes de tolerancia legalmente establecidos, no se estimó cometida ninguna infracción alguna en materia de consumo, por lo que los expedientes sancionadores habían sido tramitados por las autoridades competentes en materia de industria (STSJ Baleares 29 noviembre 2002, JUR 2003\140).

3.2.1.6. Energía eléctrica

Dado que diversas normas relativas al suministro de energía eléctrica tutelan asimismo los intereses particulares de los consumidores, en materia sancionadora existe un conflicto potencial entre las autoridades competentes en materia de industria y la Administración de consumo, problema que tampoco fue expresamente resuelto en Castilla-La Mancha, donde la Ley 6/1999, de calidad del suministro eléctrico, que se limita a encomendar a la Consejería de Industria y Trabajo la vigilancia y seguimiento de las prescripciones de la Ley⁶⁶. No hay pronunciamientos de los Tribunales sobre este conflicto, donde, en la generalidad de los casos, la potestad sancionadora había sido ejercitada por la autoridad competente en industria. Así, la STS 17 marzo 1997 (RJ 2445), SSTSJ Castilla-La Mancha 5 julio 2005 (JUR 2005\180273), Cataluña 13 junio 2005 (RJCA 2005\443), Extremadura 15 febrero 2001 (RJCA 2001\514).

3.2.1.7. Telecomunicaciones

En la medida en que la legislación de telecomunicaciones también tutela los intereses particulares de los usuarios⁶⁷ existe un conflicto competencial entre las autoridades competentes en materia de telecomunicaciones (la Administración General de Estado, la Comisión del Mercado de las

⁶⁶ V. la disposición adicional de la Ley castellano-manchega 6/1999. Sobre este problema, v. GONZÁLEZ CARRASCO, *Informe sobre la competencia funcional de la Dirección General de Consumo para sancionar infracciones derivadas de la normativa sobre calidad del suministro eléctrico*, <http://www.uclm.es/cesco>

⁶⁷ Cfr. las referencias legales y las consideraciones vertidas en el interesante trabajo de MENDOZA LOSANA, *Telecomunicaciones, ¿sector sin ley?*, en <http://www.uclm.es/cesco>, pp. 245 y ss.

Telecomunicaciones y la Agencia de Protección de Datos⁶⁸) y la Administración de consumo. En los Tribunales este conflicto se ha planteado en escasas ocasiones. Que sepamos, este problema sólo ha tenido que resolverse en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Guadalajara de 20 abril 2006⁶⁹, donde se negó la competencia de la Administración autonómica de consumo para sancionar a los operadores de telecomunicaciones por la vulneración de los derechos de consumidores y usuarios, por considerar que tales derechos constituyen obligaciones de carácter público reguladas en la legislación sectorial de telecomunicaciones al amparo de la reserva estatal exclusiva del art. 149.1.21ª CE, y cuyo control y sanción corresponde en exclusiva a la autoridades competentes en materia de telecomunicaciones, quedando proscrita toda competencia autonómica ejercida al amparo del art. 148 CE y de los Estatutos de Autonomía.

3.2.1.8. Banca, entidades de crédito, de inversiones y valores

Las diversas normativas sectoriales reguladoras del sector financiero atribuyen la potestad para instruir expedientes sancionadores y para imponer sanciones a autoridades específicas, distintas de las de consumo. En efecto, así sucede:

- A) En cuanto a las **entidades de crédito** a las que se refiere la Ley 26/1988, de 29 julio, la competencia para instruir los expedientes es siempre del Banco de España, siendo la potestad para imponer sanciones del Banco de España o del Ministerio de Economía y Hacienda, en función de la gravedad de la infracción (art. 18 de la Ley 26/1988).
- B) Las **entidades de inversión colectiva**, reguladas en la Ley 35/2003, de 4 noviembre, están sujetas a la potestad sancionadora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) o a la del Ministerio de Economía y Hacienda, dependiendo de la gravedad de

⁶⁸ Cfr. referencias legales en MENDOZA, *Telecomunicaciones...*, cit., p. 244.

⁶⁹ Citada por MENDOZA (*Telecomunicaciones...*, cit., pp. 228 y 247) y cuyo texto reproducimos a continuación.

la infracción, correspondiendo siempre la incoación e instrucción de los expedientes a la CNMV (art. 92 de la Ley 35/2003).

- C) Por otra parte, en el ámbito del **mercado de valores**, la competencia para instruir los expedientes se atribuye siempre a la CNMV, mientras que la potestad para imponer sanciones corresponde a la CNVM o al Ministerio de Economía y Hacienda, según la gravedad de la infracción (art. 97 de la Ley 24/1988, de 28 julio, del Mercado de Valores).

Esta atribución de competencias ha sido interpretada por los Tribunales del siguiente modo: se ha distinguido entre lo que son normas de ordenación de las entidades contenidas en la legislación sectorial y las normas protectoras de los consumidores que adicionalmente puedan establecerse. Las infracciones en materia de ordenación y supervisión de tales entidades son competencia de la Administración sectorial (el Banco de España, la CNMV o el Ministerio de Economía y Hacienda, como hemos visto), mientras que la competencia es de las autoridades de consumo en relación con las infracciones a las normas adicionales de protección de los consumidores. Obsérvese que el criterio de atribución de competencia no es el hecho de que la norma proteja al consumidor, pues en la normativa sectorial existen multitud de normas que tutelan los intereses del consumidor (por ejemplo, las órdenes sobre transparencia de 12 de diciembre de 1989 y de 5 de mayo de 1994) y, sin embargo, las infracciones a esta normativa no se consideran sancionables por las autoridades de consumo.

Así, en la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 de Toledo, de 4 junio 2002 (RJCA 2002\1006) se estimó que las infracciones a diversas circulares del Banco de España, a la Orden de 12 de diciembre de 1989 (sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad) y a la Orden de 5 de mayo de 1994 (transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios) debían ser consideradas normas de ordenación y disciplina, sancionables por las autoridades competentes en este ámbito. Aunque *obiter dicta*, también estimó el Juzgado que lo mismo sucedía con las contravenciones a la Ley 7/1995, de crédito al consumo. Por el contrario, se estimó que el conocimiento de las infracciones al Decreto regional 72/1997 y, en concreto, el incumplimiento de la obligación de tener a disposición de los consumidores y usuarios hojas de

reclamaciones y cartel anunciador de las mismas, constituía una infracción de consumo, pues no se apreciaba en ella vulneración de norma alguna de ordenación y disciplina, sino de normas específicas de protección de los consumidores y usuarios.

En un sentido similar, en la STSJ Andalucía 1 febrero 1999 (RJCA 1999\2368) se estima que, con independencia de la competencia específica del Banco de España respecto a las obligaciones que tengan su origen en la normativa sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, siendo por tanto el órgano al que dirigir las reclamaciones conforme al régimen establecido, es lo cierto que las entidades bancarias en cuanto prestadoras de servicios están sometidas a cuantas normas se dicten en defensa de consumidores y usuarios (en el caso se trataba de la obligación establecida por la legislación autonómica de consumo de disponer de libro de quejas y reclamaciones), de modo que su incumplimiento es sancionable conforme al RD 1945/1983 (en el caso, de acuerdo con la infracción tipificada en el art. 3.3.6 de este RD, el incumplimiento de las normas relativas a documentación, información, libros o registros establecidos obligatoriamente). En parecidos términos, v. la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 5 de Sevilla, de 22 diciembre 2000 (RJCA 2001\200).

3.2.1.9. Seguros, planes y fondos de pensiones

Como la legislación sobre ordenación y supervisión de los seguros privados tipifica infracciones relativas a conductas que perjudican los intereses de los consumidores, por ejemplo, la realización de prácticas abusivas [art. 40.3 h) del RD Legislativo 6/2004, de 29 noviembre], el incumplimiento de determinadas obligaciones contractuales [art. 40.5 b) y su remisión a la Ley 50/1980, reguladora del contrato de seguro], etc., y, a la vez, atribuye la instrucción de expedientes sancionadores a determinados órganos de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y la potestad sancionadora a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o al Ministerio de Economía y Hacienda, en función de la gravedad de la infracción (v. art. 46 del RD Legislativo 6/2004), hay que plantearse si ello excluye la competencia sancionadora de la Administración de consumo por conductas que entrañen prácticas abusivas constitutivas de un fraude en la prestación de bienes y servicios del art. 49.1 d) del TRLCU.

La misma cuestión se plantea en relación con la regulación sobre planes y fondos de pensiones, donde el RD Legislativo 1/2002, de 29 noviembre remite el régimen sancionador a la legislación de ordenación y supervisión del seguro privado (v. su art. 36), constituida hoy por el RD Legislativo 6/2004.

En antiguos pronunciamientos el TS no excluyó la competencia de las autoridades de consumo. Así, en la STS 1 diciembre 1988 (RJ 1988\10122) se estima que la Consejería de Comercio y Turismo de la Generalidad de Cataluña es incompetente para sancionar aquellas infracciones cuyo conocimiento viene atribuido al Ministerio de Hacienda por la legislación especial relativa al sector de seguros. A juicio de la Sala, la actividad aseguradora constituye una actividad específica sujeta a una norma también específica y propia, con prioridad sobre cualquier otra más general, de modo que en caso de concurrencia de ambas potestades sancionadoras ha de prevalecer la especial. En un caso similar, en la STS 9 octubre 1989 (RJ 1989\7341) el TS estableció una regla según la cual cuando la norma asigna a una determinada autoridad u organismo la competencia exclusiva y excluyente para imponer la sanción, nada importa cualquier otra condición o carácter que el administrado posea (por ejemplo, el de consumidor), con motivo de los que aparezca protegido ante peculiares infracciones inherentes a ellos, previstas y sancionadas por otras disposiciones legales y aplicadas por autoridades u organismos específicamente competentes. La Sala concluye que la competencia que ostenta la Comunidad Autónoma en materia de disciplina de mercado no puede suplir a aquella que no ha sido atribuida de modo expreso por su Estatuto y cuyo conocimiento se encuentra atribuido a otra autoridad u órgano administrativo.

A la misma conclusión ha llegado el TSJ de la Comunidad Valenciana, en sentencia de 30 abril 2002 (RJ 2002\1040), reconociendo a la Dirección General de Seguros, la competencia exclusiva para la defensa de los consumidores y usuarios, en concreto, en lo relativo a la exigencia a las entidades de seguros de entregar hojas de reclamaciones y disponer de cartel anunciador al efecto. El Tribunal estima que la atribución competencial que se hace en la legislación sobre ordenación y supervisión de seguros privados excluye la posibilidad de que esta competencia pueda ser ejercitada por la Administración competente en materia de consumo.

3.2.1.10. Servicios turísticos

En la legislación relativa a los servicios turísticos (viajes combinados, agencias de viajes, establecimientos hoteleros, etc.⁷⁰) existen múltiples disposiciones que tutelan los intereses particulares del usuario turístico, generalmente, puestos a cargo de la Administración competente en turismo (así, por ejemplo, el art. 69 de la Ley de Castilla-La Mancha 8/1999, de 26 de mayo, reguladora del turismo). Es por ello que también en este ámbito existe un potencial conflicto de competencias entre la Administración de consumo y la Administración competente en materia turística.

El examen de la jurisprudencia revela una abstención de las autoridades de consumo en el ámbito turístico, lo que, si bien es razonable cuando el incumplimiento de la legislación sectorial se produce en materia de licencias o autorizaciones de actividad, o en condiciones técnicas o de otro tipo de las instalaciones turísticas, no parece tan razonable cuando el tipo infringido expresa un interés privado del usuario turístico. De este modo, en la jurisprudencia examinada fue siempre la autoridad turística la que impuso la sanción, aunque la misma fuera por incumplimiento de oferta contractual por parte de una agencia de viajes (STS 7 octubre 1988, RJ 1988\7931), o por irregularidades sufridas por sus clientes o anomalías en la contratación de un viaje (SSTS 13 diciembre 1985, RJ 1985\6269; 3 octubre 1986, RJ 1986\5661; 25 abril 1989, RJ 1989\3473; 26 febrero 1991, RJ 1991\714), por deficiencias en los servicios del hotel que fue contratado por la agencia (STS 22 diciembre 1983, RJ 1983\6407), o incumplimiento de un contrato de viaje combinado (SSTSJ Madrid 3 diciembre 1998, RJCA 1998\4785; Madrid 5 octubre 1998, RJCA 1998\4000; Madrid 12 junio 1998, RJCA 1998\2241). A estos efectos la competencia no deja de ser ejercitada por la autoridad turística aunque la infracción sea calificada como infracción de consumo, por estimarse tipificada en el RD 1945/1983, en relación con la normativa reguladora de las agencias de viajes (SSTSJ Madrid 9 marzo 1998, RJCA 1998\778; Madrid 30 septiembre 1998, RJCA 1998\3450; Madrid 18 diciembre 1998, RJCA 1998\4676).

⁷⁰ La diversa regulación está expuesta en CARRASCO PERERA (director), *El Derecho de consumo...*, cit., pp. 137 y ss.

3.2.1.11. Servicios profesionales de colegiados

El hecho de que los Colegios profesionales tengan atribuida la potestad sancionadora sobre la actividad profesional de los colegiados [art. 5 i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales] plantea la duda de si ello excluye que los intereses de los consumidores preservados, por ejemplo, en la infracción de consumo que tipifica el fraude en la prestación de bienes y servicios [art. 49.1 d) del TRLCU] pueda ser actuada por la Administración de consumo. En la STSJ Comunidad Valenciana 10 septiembre 2003 (RJ 2003\1047) se estimó que, efectivamente, así era. A juicio del Tribunal, no es la Administración de consumo sino que son los Colegios profesionales, en el ejercicio de su potestad disciplinaria, los competentes para sancionar las conductas de los colegiados que atenten contra los intereses de los consumidores.

3.2.1.12. Centros privados de enseñanza

En el ámbito de centros privados de enseñanza que no conducen a la obtención de títulos con validez académica la generalidad de las normas⁷¹ encomienda la potestad sancionadora a la Administración de consumo (por ejemplo, el art. 10 del Decreto de Castilla-La Mancha 238/1999, de 14 de diciembre), por lo que no se plantea ningún conflicto potencial con la Administración competente en materia de educación. Así, por ejemplo, la conducta de la academia que ofrece un curso de informática con publicidad engañosa y que suprime algunos de los contenidos ofertados, comete infracciones de consumo (STSJ Madrid 27 marzo 2001, JUR 2001\221807).

3.2.1.13. Establecimientos comerciales destinados a niños y jóvenes

En este ámbito material se plantea una posible concurrencia entre las competencias autonómicas sobre consumo y comercio y la correspondiente la protección de la juventud y la infancia. Por ejemplo, en la STSJ Cataluña 2

⁷¹ Está expuesta en CARRASCO (director), *El derecho de consumo en España...*, cit., pp. 161 y 162.

noviembre 2002 (JUR 2003\164932) se estimó que el hecho de que la concesión de permisos y autorizaciones estuvieran atribuidos a las autoridades competentes en materia de juventud no podía servir para determinar la autoridad competente para imponer una sanción por una infracción consistente en desarrollar una actividad distinta a la autorizada, potestad que correspondía a las autoridades competentes en materia de comercio y consumo.

3.2.2. Los criterios de resolución de la concurrencia

3.2.2.1. Criterios utilizados por la jurisprudencia contencioso-administrativa

Tras la exposición de jurisprudencia que acabamos de realizar, puede concluirse que la situación actual es bastante insatisfactoria, pues no existen en la jurisprudencia criterios seguros que, por haber sido ampliamente admitidos, permitan anticipar cuándo los recursos invertidos en la incoación y tramitación de un expediente sancionador por parte de la Administración consumo no van a ser tirados a la basura como consecuencia de la anulación por incompetencia del órgano de consumo.

Las únicas reglas seguras de la jurisprudencia se mueven en la vaguedad de los pronunciamientos generales. Así, por ejemplo, cuando se afirma que los permisos, autorizaciones y controles a los que esté sujeto la actividad en la que se origine la infracción no determinan la Administración competente para sancionar (SSTS 28 mayo 1979, RJ 1979\2600; 13 junio 1986, RJ 1986\4726; SSTSJ Galicia 15 abril 2002, RJCA 2002\958; Cataluña 2 noviembre 2002, JUR 2003\164932). Y poco más se puede decir, como no sea que, en algunos casos, cuando la legislación sectorial atribuye la competencia sancionadora las autoridades sectoriales, ello se interpreta como una atribución excluyente de la competencia sancionadora de consumo: como se ha expuesto en los epígrafes anteriores, así sucede en el ámbito de los seguros, los servicios financieros y, según parece, en los de telecomunicaciones y servicios de profesionales colegiados, donde, en algunos casos, esta conclusión se deduce de la aplicación de un criterio de prevalencia de la legislación especial (STS 1 diciembre 1988, RJ 1988\10122; cfr. también STS 28 mayo 1979, RJ 1979\2600).

3.2.2.2. El problema a la luz del art. 47.3 del TRLCU

El problema ha adoptado un nuevo cariz con la regla que la Ley 44/2006 introdujo en el art. 32.5 de la LCU, y que se encuentra recogida hoy en el art. 47.3 del TRLCU. De acuerdo con ella, “las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica”. Como se ha señalado, nada queda claro en esta norma, en particular “si (1) basta que la conducta haya sido tipificada como infracción *en el sistema sectorial*, de forma que el órgano consumerista competente pueda entender que el objeto de protección de esa norma es el interés de los consumidores destinatarios del bien o servicio, y que el *legislador sectorial no consumerista* elabora un tipo de infracción cuya competencia ejecutiva corresponde a otra Administración; (2) o si será preciso que *en el sistema sectorial* la tipificación haya tenido lugar *precisamente* como tipificación de una infracción de consumo; o (3) si será necesario además que *el sistema consumerista* haya tipificado por su propia cuenta (o *per relationem*, al menos) esta conducta como infracción *en el seno* de su propio sistema normativo. En definitiva, si la autoridad competente en el sistema consumerista puede utilizar para su propia cosecha tipificaciones elaboradas en otros sistemas sectoriales, o si es necesario que la competencia de ejecución se sustente en normas sancionadoras producidas en el propio sistema consumerista”⁷².

Estimamos que una interpretación probable de la norma es que es irrelevante qué legislador, si el sectorial o el de consumo, haya tipificado la conducta como infracción de infracción de consumo, y que esta regla habrá de aplicarse con independencia de que la legislación sectorial también atribuya la competencia a la Administración sectorial, pues la norma no atribuye una competencia excluyente a la Administración de consumo. Por ejemplo, las infracciones en el ámbito del contrato de seguro que también puedan ser encuadradas en los tipos especificados en la legislación de consumo (por ejemplo, la falta de hojas de reclamaciones, tipificadas en el art. 3.3.6 del RD 1945/1983) podrán ser sancionadas por las autoridades de consumo, aunque también puedan serlo por la Dirección General de Seguros y Planes de

⁷² CARRASCO, *Comentarios al TRLCU*, en <http://www.uclm.es/cesco>.

pensiones (como contamos más arriba, en contra, STS 9 octubre 1989, RJ 1989\7341).

Si la interpretación anterior fuera correcta, entonces nos encontraríamos con un nuevo problema, que es la necesidad de evitar la existencia de *non bis in idem* como consecuencia necesaria de la ley. Y obsérvese que, conforme a la interpretación que estamos proponiendo, un criterio utilizable no sería precisamente el del principio de especialidad (que resuelve el concurso de infracciones en el ámbito penal, cfr. art. 8 CP) pues, precisamente, lo que ha querido el nuevo art. 47.3 del TRLCU es atribuir la competencia a las autoridades de consumo con independencia de que exista una legislación específica sectorial.

Otra interpretación posible del art. 47.3 del TRLCU consiste en entender que el TRLCU ha querido concentrar en la Administración de consumo con carácter excluyente la competencia sancionadora sobre todas las infracciones de consumo, de modo que es sólo esta Administración quien tiene competencia para sancionar aquellas conductas tipificadas como tales en la legislación sectorial o en la de consumo, aunque sea *per relationem* con la legislación sectorial. Esta interpretación permite sortear el problema del *non bis in idem*, pero a cambio impone a la Administración de consumo la sobrecarga de trabajo que supone una competencia universal de esta clase, en la que estarían comprendidos ámbitos sectoriales cuya gran complejidad fue, seguramente, la razón que justificó la inicial atribución de competencia al legislador sectorial: piénsese en sectores tan complejos y específicos como el financiero, el de seguros, el de la energía eléctrica, etc. Lo mismo que sucede con el sector de telecomunicaciones, aunque con respecto a éste hay que tener en cuenta que la disposición adicional 2ª de la Ley 44/2006 otorgó una exclusividad a las autoridades de telecomunicaciones que no se ha recogido en el TRLCU, exclusividad que, sin embargo, no impedía que las autoridades de consumo fueran competentes para sancionar *infracciones de consumo en el sector de las telecomunicaciones*, aunque esta conclusión sí la impedirían los criterios propios que rigen el concurso de infracciones⁷³

⁷³ Cfr. MENDOZA LOSANA, *Telecomunicaciones...*, cit., pp. 248-251.

3.2.3. El vicio de incompetencia por razón de la materia

Lo cierto es que la clarificación de la competencia funcional es perentoria, porque los vicios de incompetencia material no son susceptibles de convalidación [arts. 62.1 a) y 67 de la Ley 30/1992; cfr. STC 102/1985], determinando, pues, la nulidad radical de la resolución sancionadora (cfr., en un caso de consumo, STS 28 febrero 1995, RJ 1995\1491).

3.3. LA COMPETENCIA SANCIONADORA TERRITORIAL SOBRE CONSUMO

3.3.1. Introducción

Aunque las competencias sancionadoras de las CCAA están referidas a su territorio (cfr. STC 165/1985), lo cierto es que, en materia de consumo, en muchos casos son enormes las dificultades para establecer cuál es el lugar en el que se ha cometido la infracción: piénsese, por ejemplo, en aquellas infracciones relacionadas con la venta a distancia, en las que hay que decidir si la infracción se ha cometido en el lugar desde donde se han hecho las correspondientes declaraciones contractuales, en el lugar del domicilio del vendedor, en el del comprador, en el lugar en que la Administración de consumo ha detectado la infracción, etc.

Hasta la Ley 44/2006, los criterios para determinar la competencia territorial en materia de consumo se contenían en la *Decisión de la Conferencia Sectorial de Consumo sobre criterios de competencia territorial ante infracciones suprarregionales en materia de consumo*⁷⁴. Pero como estos criterios eran orientativos, no eran obligatorios para los Tribunales. Interesa, pues, conocer cuál ha sido la experiencia jurisprudencial al respecto. Ello nos ocupará la primera parte. Después expondremos cuál es la situación que rige desde que la Ley 44/2006 reformó el art. 32 de la LCU.

3.3.2. La competencia territorial en la jurisprudencia sobre los procedimientos sancionadores de consumo

3.3.2.1. Regla general: el lugar de comisión de la infracción

La regla general es la del *forum delicti commissi*, de modo que, cometida la infracción en Vigo, falta la competencia de la Generalidad de Cataluña (STS 1 diciembre 1988, RJ 1988\10122).

⁷⁴ Sobre tales criterios, v. BUSTO LAGO, J.M. (coordinador.), *Reclamaciones de Consumo*. Aranzadi, 2005, págs. 148-151 y bibliografía allí citada.

3.3.2.2. El lugar de comisión de la infracción como medio para determinar la ley aplicable

El lugar de comisión de la infracción no sólo sirve para determinar la Administración sancionadora competente, sino, asimismo, la ley aplicable, en aquellos supuestos en que la misma sea diferente entre las diversas CCAA, pues, obviamente, las distintas normativas autonómicas sólo son de aplicación en el territorio respectivo (STS 22 enero 2008, RJ 2008\171). Así, por ejemplo, si la infracción por venta en rebajas fuera de temporada enmascarada tras una “oferta especial” se comete en Cataluña, ha de aplicarse la normativa de consumo que rija en Cataluña (autonómica, a la sazón), lo que no impide que otras CCAA tengan regulaciones parecidas o incluso iguales a la catalana, dato que es irrelevante (STS 22 enero 2008, RJ 2008\171, que confirma lo resuelto en la STSJ Cataluña 16 septiembre 2004, RJCA 2004\950), salvo –añadimos nosotros- que la norma aplicada sea ilegal por no respetar alguno de los límites aplicables a la regulación autonómica en materia de consumo y comercio (por ejemplo, por contravenir el principio de unidad de mercado, introducir divergencias irrazonables que desigualen injustificadamente los derechos de los administrados en todo el Estado, etc.)⁷⁵.

3.3.2.3. Los elementos del tipo en la determinación del lugar de comisión de la infracción

Sólo los elementos del tipo pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar los puntos de conexión relevantes para fijar el lugar de comisión de la infracción. Significativa es a este respecto la STSJ Cataluña 29 marzo 2001 (RJCA 2001\1494): en un caso de venta a distancia, sancionado conforme a la ley autonómica que tipificaba la ausencia del documento de revocación y el hecho de que el contrato no mencionara el derecho de revocación, el TSJ estimó que ni las actuaciones publicitarias e informativas de la vendedora previas a la celebración del contrato formaban parte integrante del tipo de infracción aplicado; ni tampoco el pago del precio ni la entrega del producto en el domicilio de la compradora ni su devolución a la vendedora, se integraban en

⁷⁵ Sobre tales límites, v. CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO, "Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales", *Derecho Privado y Constitución*, nº 5, 1995, pp. 9

el tipo de infracción. El Tribunal estimó que se trata de actividades –las publicitarias, las informativas y las de entrega y devolución del producto y el pago del precio– extrañas al tipo de infracción. Igual se consideró sobre el hecho de que las cláusulas del contrato hubieran sido redactadas y la información adicional elaborada en el domicilio social de la empresa, así como sobre la circunstancia de que una parte integrante de la actividad de la empresa se realizara en el territorio de Cataluña. El Tribunal concluyó que estas actuaciones de la empresa, previas o posteriores al contrato, no constituían puntos de conexión entre los hechos presuntamente infractores –la ausencia del documento de revocación y que el contrato no menciona sobre la firma del consumidor, la referencia clara y concreta al derecho de revocación–, y la norma sancionadora de la Ley 1/1990. Por esto, la interpretación que la Generalidad pretendía, esto es, que el domicilio social de la empresa en Cataluña sería la base que justificaría el cumplimiento de la normativa sancionadora catalana, la obtenía 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 incluía en el supuesto fáctico hechos extraños al tipo de infracción.

3.3.2.4. El lugar de comisión de infracciones con efectos en distintas CCAA

Lo variopinto de los casos juzgados, de las diversas decisiones judiciales y de sus fundamentos impide racionalizarlos. Por ello nos limitamos a exponer los pronunciamientos jurisprudenciales sin mayor esfuerzo de sistematización:

- A) En algunos casos se ha considerado que el *forum delicti commissi* es **lugar donde se detecta la infracción, con independencia del domicilio social** del infractor. Así, en la STSJ Madrid 28 abril 2003 (RJCA 2004\529) se estimó que, dadas las competencias de la Comunidad de Madrid sobre control sanitario “es clara la competencia de esa comunidad para conocer y proceder conforme a derecho” sobre los hechos imputados, consistente en la existencia de residuos de dexametasona en una partida de ganado bovino que se sacrificaba para su comercialización en la Comunidad de Madrid, y ello con independencia de cuál sea el domicilio social de la explotación ganadera de origen, y también con independencia de que

se hayan seguido actuaciones penales en otra Comunidad Autónoma.

Así también, en la STSJ Andalucía 21 septiembre 1998 (RJCA 1998\3434), en un caso en que diversos productos irregulares (pendientes de latón chapado con espesor inferior al indicado en la etiqueta) habían sido detectados en una Comunidad Autónoma distinta de la del domicilio social de la empresa del fabricante. El Tribunal estima que el hecho originario de la infracción se comete en Andalucía, y no quedan fuera del ámbito de su competencia por el simple hecho de que el sancionado tenga su residencia en otra Comunidad.

- B) En general, el lugar de comisión de la infracción **no es el del domicilio social del infractor por el solo hecho de serlo, sino porque concurren otras circunstancias que conecten la infracción con el domicilio**. Por ejemplo, el lugar relevante es el del domicilio de la empresa infractora porque fue aquí donde se suministró la sustancia prohibida, con independencia de dónde se detectó la infracción (STSJ Aragón 24 octubre 1997, RJ 1997\2217). Mención aparte merece la STS 31 diciembre 1988 (RJ 1988\10276), donde si bien se determina la nulidad de la sanción impuesta a una empresa que tiene su domicilio social en otra Comunidad Autónoma, esta decisión se produce en unas condiciones tan peculiares (situación de entes preautonómicos) que impide tomarla en cuenta como criterio generalizable.
- C) También se ha estimado que en aquellas infracciones en las que existe una apropiación indebida o una obtención ilícita de beneficios como consecuencia de una actividad fraudulenta, el *forum delicti commissi* es el lugar de consumación material del ilícito (no donde se inicia), lugar que –por analogía con la jurisprudencia penal sobre el delito de estafa- se estima coincidente con aquel **donde quedan a disposición del infractor las cosas que por medio engañoso se propuso obtener**, pues es entonces cuando la defraudación se realiza. Así se consideró en la STSJ Cataluña 16 febrero 2007 (JUR 2007\152701), en una infracción por publicidad engañosa. La Sala estima que la actividad sancionada ha tenido lugar en el domicilio o sede social de la empresa porque los desplazamientos patrimoniales

derivados de la publicidad engañosa se han producido en la sede social, mediante la recepción de los cheques o de las transferencias bancarias requeridas de los destinatarios de la actividad engañosa.

Sin embargo, en una infracción por promoción de viviendas sin asegurar las cantidades adelantadas y, por tanto, contraviniendo lo previsto en la Ley 57/1968, en la STSJ Madrid 14 mayo 1998 (RJ 1998\1954) se estimó que la infracción se había cometido en el lugar de la promoción, con independencia de cuál fuere el lugar en que habían de efectuarse las entregas de cantidades a cuenta.

- D) El último de los criterios se ha utilizado en infracciones consistentes en publicidad engañosa. En la STSJ Castilla-La Mancha de 7 junio 2002 (RJ 2002\790), y en un caso en que había recaído una duplicidad de sanciones en Castilla-La Mancha (la primera) y en Cataluña, se estimó que si bien no existía problema de *bis in idem*, porque, además de la protección de los consumidores como colectivo, había que atender al interés individual de cada consumidor, por lo que no había identidad de sujetos, no obstante, el Tribunal consideró que ello llevaría a una situación exorbitante y contraria al principio de proporcionalidad, por lo que consideró que debían aplicarse las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativa a los delitos conexos y, por tanto, que **la competencia correspondería a la Comunidad Autónoma que pudiera imponer la sanción mayor**. No obstante, este criterio tampoco es generalizable, porque, como hemos visto en el apartado anterior, en otros casos de infracciones por publicidad engañosa se ha hecho coincidir el *forum delicti commissi* con el lugar en que quedaban a disposición del infractor las cosas que obtuvo por medios engañosos.

3.3.3. El vicio de incompetencia por razón del territorio

Las resoluciones sancionadoras dictadas por órgano manifiestamente incompetente por razón del territorio son nulas de pleno derecho [art. 62.1 a) de la Ley 30/1992], sin que, por tanto, sean susceptibles de convalidación (art. 67 de la Ley 30/1992). Cfr. la STS 18 abril 1989 (RJ 1989\3119).

3.3.4. El régimen establecido en el TRLCU

Hasta la Ley 44/2006, los criterios para determinar la competencia territorial en materia de consumo se contenían con carácter orientativo en la *Decisión de la Conferencia Sectorial de Consumo sobre criterios de competencia territorial ante infracciones suprarregionales en materia de consumo*⁷⁶. Estos criterios fueron incorporados a los apartados 3 y 4 del art. 32 de la LCU, La Ley 44/2006 eleva tales criterios a rango de ley dando una nueva redacción a los apartados 3 y 4 del art. 32 LGDCU, que han sido incorporados a los apartados 1 y 2 del art. 47 del TRLCU. Según el núm. 1 de este precepto, “las Administraciones españolas que en cada caso resulten competentes sancionarán las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios cometidas en territorio español cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio o el lugar en que radiquen los establecimientos del responsable”. Conforme al art. 47.2, “las infracciones se entenderán cometidas en cualquiera de los lugares en que se desarrollen las acciones u omisiones constitutivas de las mismas y, además, salvo en el caso de infracciones relativas a los requisitos de los establecimientos e instalaciones o del personal, en todos aquellos en que se manifieste la lesión o riesgo para los intereses de los consumidores y usuarios protegidos por la norma sancionadora.

Obsérvese, pues, que lo que hizo el Legislador fue multiplicar la competencia por razón del territorio sin establecer ninguna regla de preferencia o de orden, ni de prioridad temporal en instrucción ni cualquier otro mecanismo que impida que se produzcan situaciones de sanciones *bis in idem*⁷⁷.

⁷⁶ Sobre tales criterios, v. BUSTO LAGO, J.M. (coordinador.), *Reclamaciones de Consumo*. Aranzadi, 2005, págs. 148-151 y bibliografía allí citada.

⁷⁷ CARRASCO PERERA, *Comentarios al TRLCU*, <http://www.uclm.es/cesco>.

3.4. LA COMPETENCIA SANCIONADORA POR RAZÓN DE JERARQUÍA EN MATERIA DE CONSUMO

Los únicos pronunciamiento reseñables que se han producido en este ámbito están constituidos por aquellos en los que se admite que la potestad sancionadora pueda ser ejercitada por delegación en la Administración local (cfr. art. 10 del RD 1398/1993; cfr. STSJ Madrid 14 mayo 1998, RJCA 1998\1954; STSJ Asturias 20 febrero 2001, RJCA 2001\497).

Por lo demás, a diferencia de lo que sucede con la infracción de las normas sobre competencia material y territorial, los vicios de incompetencia por razón de jerarquía no son nulos de pleno derecho [cfr. art. 62.1.a) de la Ley 30/1992], sino meramente anulables y, por tanto, convalidables (art. 67 de la Ley 30/1992).

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTO LAGO, J.M. (coordinador), *Reclamaciones de Consumo*. Aranzadi, 2005
- CARRASCO PERERA (director), *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, 2002.
- CARRASCO PERERA, *Comentarios al TRLCU*, <http://www.uclm.es/cesco>
- CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO / GONZÁLEZ CARRASCO, *Régimen jurídico de la edificación*, 2007.
- CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO: "Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales", *Derecho Privado y Constitución*, nº 5, 1995, pp. 9 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA / T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, II, 1993.
- GONZÁLEZ CARRASCO, *Informe sobre la competencia funcional de la Dirección General de Consumo para sancionar infracciones derivadas de la normativa sobre calidad del suministro eléctrico*, <http://www.uclm.es/cesco>.
- MENDOZA LOSANA, *Telecomunicaciones, ¿sector sin ley?*, <http://www.uclm.es/cesco>.
- MESEGUER YEBRA, *La tipicidad de las infracciones en el procedimiento administrativo sancionador*, 2001,.
- REBOLLO PUIG, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. Bercovitz y J. Salas, Madrid, 1992, pp. 811 y ss