

MODALIDADES DE VENTA: COMPETENCIAS ESTATALES, AUTONOMICAS Y LOCALES (*)

ANGEL CARRASCO PERERA
Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Castilla-La Mancha

ENCARNA CORDERO LOBATO
Profesora Ayudante de Derecho Civil
en la Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCION. A) *La inanidad del título competencial del comercio interior.* B) *La irrelevancia de la competencia sobre defensa de los consumidores.* C) *Justificación de la sistemática de la exposición.* II. LA DISTRIBUCION COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS. A) *Derecho público y Derecho privado como criterio de distribución competencial.* 1. La reserva estatal sobre el Derecho de contratos. a) La regla. b) Sus aplicaciones. c) Consideraciones críticas. En particular, la lesión de derechos contractuales como ilícito administrativo. 2. La competencia estatal en la regulación de la capacidad jurídica mercantil. La imposición autonómica de requisitos para el ejercicio del comercio. B) *La defensa de la competencia.* C) *El principio de unidad de mercado.* 1. Su alcance como título competencial. 2. La ponderación entre unidad interior y autonomía. a) El test de la proporcionalidad. b) La igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos. 3. La limitada aplicabilidad del principio de unidad de mercado en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las regulaciones sobre las modalidades de venta. D) *La competencia estatal en la planificación de la economía nacional.* 1. Concepto y alcance de bases y coordinación de la economía. 2. Límites constitucionales de la competencia. E) *Tres apuntes sobre la dis-*

(*) El presente trabajo se enmarca en un proyecto de investigación sobre la protección de los consumidores en la regulación del comercio interior, subvencionado por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia (PS 94-0202) y dirigido por el Dr. Angel Carrasco Perera.

tribución competencial en la proposición de Ley de comercio. III. LA COMPETENCIA LOCAL EN LA REGULACION DE LAS MODALIDADES DE VENTA. A) El problema: la indefinición del acervo competencial local sobre la actividad comercial. 1. La garantía institucional de la autonomía local. 2. El problema de las remisiones al vacío. 3. Venta ambulante y licencias de apertura de establecimientos comerciales: de la exclusividad a la participación local. B) La expansión de las competencias locales.

I. INTRODUCCION

Uno de los contenidos típicos de cualquier norma sobre comercio interior es la regulación de las modalidades de venta. Lo confirma la profusión de preceptos autonómicos referidos a tal materia ¹, y también el que la misma ocupe casi la mitad de las previsiones contenidas en la proposición de Ley que actualmente se discute en el Parlamento (la del Grupo Parlamentario Catalán [CiU], BOCG, B, 26-VII-1993, núm. 10-1).

Posiblemente, tan elevado interés justificaría por sí sólo el presente estudio. Sin embargo, la oportunidad del mismo sube de grado si se repara en la relativa arbitrariedad con la que el Tribunal Constitucional viene determinando la legitimidad de algunas reglamentaciones autonómicas. Por ejemplo, son inciertas las razones que llevan a declarar la validez de la prohibición autonómica de condicionar la venta domiciliaria a la adquisición de otros productos, o de la venta en cadena, o la regulación de la venta en liquidación (SSTC 88/1986, FJ 8^o c y f; 264/1993, FJ 4^o), y considerar, por el contrario, inconstitucional la prohibición de venta a pérdida y la limitación de los periodos de venta en rebajas (STC 88/1986, FJ 8^o d y e ²; v. también las SSTC 148/1992 y

¹ La enumeración es agotadora. V. arts. 14-31 de la Ley vasca 4/1994, de 27-V, de la Actividad Comercial (BOPV, 13-VI); el Decreto vasco 130/1986, de 3-VI, sobre la venta con rebaja; la Ley andaluza 9/1988, de 25-XI, del Comercio Ambulante; los arts. 23-50 de la Ley aragonesa 9/1989, de 5-X, de Ordenación de la Actividad Comercial; arts. 22-43 de la Ley canaria 4/1994, de 25-IV, de Ordenación de la Actividad Comercial; arts. 9-44 del Decreto Legislativo catalán 1/1993, de 9-III, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Comercio Interior; arts. 14-32 de la Ley gallega 10/1988, de 20-VII, de Ordenación del Comercio Interior; la Ley foral navarra 13/1989, de 3-VII, de regulación del comercio no sedentario; arts. 18-35 de la Ley valenciana 8/1986, de 29-XII, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales; el Decreto valenciano 50/1988, de 12-IV, sobre venta fuera de establecimiento comercial permanente, en su modalidad de venta domiciliaria; el Decreto valenciano 175/1989, de 24-XI, sobre venta fuera de establecimiento comercial permanente, en su modalidad de venta no sedentaria.

² La perplejidad sobre este pronunciamiento es compartida por R. BERCOVITZ (AC 1987-1, & 43, p. 160).

228/1993, FJ 6º). Lo mismo se puede decir del juicio salomónico por el que se acaba resolviendo la constitucionalidad de la regulación aragonesa sobre la venta a pérdida: se carece de competencia para prohibir las prácticas (desleales) encaminadas a la eliminación de un competidor o a desprestigiar la imagen de un producto, pero es constitucional la prohibición de la venta a pérdida destinada a inducir a error a los compradores sobre el precio de otros productos (STC 264/1993, FJ 4º).

Por otra parte, en la STC 228/1993 queda igualmente sin justificar el aserto de que la competencia sobre comercio interior no es relevante para regular sobre modalidades de venta —sino que, por lo que se refiere a la competencia autonómica, el problema debe reconducirse al título de defensa de los consumidores (FJ 4º)—, lo que siembra serias dudas sobre la utilidad de una competencia que, según parece, tampoco faculta para regular sobre horarios comerciales —aunque ésta sea una “submateria” de aquélla— (cfr. SSTC 225/1993, FJ 2º; 228/1993, FJ 2º; 264/1993, FJ 3º y 284/1993, FJ 4º), como lo confirma el hecho de que, por virtud de lo dispuesto en el RD-L 22/1993, de 29-XII, —dictado, como propiciaban las sentencias citadas, al amparo del art. 149.1.13ª CE—, van a poder regular sobre tal submateria Comunidades Autónomas que ni siquiera disponen de competencias de desarrollo, sino únicamente de ejecución, sobre comercio interior (sorprendentemente, la LO 9/1992, de 23-XII, tan sólo transfiere competencias de desarrollo sobre defensa de los consumidores)³.

³ Fruto de la habilitación del RD-L 22/1993 son las disposiciones que se citan a continuación, algunas de las cuales son incluso anteriores a las correspondientes reformas estatutarias por las que se procedió a la asunción de competencias de desarrollo sobre defensa de los consumidores. V. el Decreto (Castilla-La Mancha) 19/1994, de 1-III (DOCM, 9-III) y las Ordenes (Castilla-La Mancha) 10-III-1994 (DOCM, 11-III), 1-II-1995 (DOCM, 17-II) y 14-II-1995 (DOCM, 3-III); el Decreto (Castilla y León) 65/1994, de 17-III y la Ley (Castilla y León) 11/1994, de 18-VII (BOE, 15-VIII); la Ley (Madrid) 4/1994, de 6-VI (BOE, 14-VII) y el Decreto (Madrid) 123/1994, de 1-XII (BOCM, 14-XII); el Decreto (Cantabria) 58/1994, de 16-XII (BOC, 23-XII) y la Orden (Cantabria) 16-I-1995 (BOC, 27-I); la Ley (La Rioja) 1/1995, de 2-II (BOR, 9-II). V. también el art. 11 de la Ley (Canarias) 4/1994, de 25-IV, de Ordenación de la Actividad Comercial; el Decreto (Valencia) 42/1994, de 21-II (DOGV, 25-II); la Orden (Valencia) 20-II-1995 (DOGV, 7-III) y el Decreto (Aragón) 24/1995, de 21-II (BOA, 24-II).

En materia de horarios comerciales merece mención especial el caso de Cataluña. La reglamentación sobre horarios en esta Comunidad es doble: de un lado, el art. 5 del DLeg. 1/1993, de 9-III, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Comercio Interior, reproduce la regulación contenida en el art. 5 de la Ley 23/1991 (prohibición, con reserva de dispensa, de apertura en domingos y festivos), precepto declarado inconstitucional con posterioridad a la publicación del precitado Texto Refundido en la STC 228/1993. Por otra parte, en desarrollo del RD-L 22/1993, la Comunidad Autónoma de

Y a todo ello hay que sumar el problema de las competencias municipales sobre la actividad comercial, particularmente, y por lo que ahora nos interesa, sobre ciertas modalidades de venta. Porque aunque las competencias conferidas a los Ayuntamientos por el RD 1010/1985, de 5-VI, sobre ventas fuera de establecimiento comercial permanente, sean supletorias en defecto de norma autonómica o de regulación municipal (DF 1ª y art. 1 III del RD citado), lo cierto es que la legislación básica sobre régimen local y ciertas regulaciones sectoriales (la LGDCU y la Ley General de Sanidad) confieren a las Corporaciones locales competencias sobre materias que inciden directamente en la actividad comercial (por ejemplo, control sanitario de la distribución y suministro de productos alimenticios, defensa de usuarios y consumidores), asignación competencial que, además, en algún caso supone la expresión de la garantía institucional de la autonomía local de los arts. 137 y 140 CE (cfr. SSTC 32/1981, FJ 6º y 214/1989, FJ 3º). No ha habido pronunciamientos constitucionales relevantes sobre las competencias municipales relacionadas con las modalidades de venta. Tan sólo existe una declaración *obiter dictum* de constitucionalidad del art. 5.2.e LGDCU (STC 15/1989, FJ 3ºc), norma, por otra parte, neutra en relación con la distribución competencial. Por el contrario, el Tribunal Constitucional sí que se ha enfrentado a este problema al hilo del enjuiciamiento de la regulación autonómica sobre las licencias de apertura de grandes establecimientos. Empezaremos por la segunda de las cuestiones señaladas.

A) *La inanidad del título competencial del comercio interior*

El problema de la distribución competencial en la regulación de las modalidades de venta (igual que en otros contenidos que quedan fuera del objeto de este estudio, vgr. horarios comerciales, requisitos generales

Cataluña ha dictado el Decreto 41/1994, de 22-II (DOGC, 4-III) y la Orden 19-I-1995 (DOGC, 30-I). Esta regulación no sólo es incompatible con la anterior, sino que, además, tal situación resulta, desde luego, peculiar, porque, por superioridad en el orden jerárquico de fuentes, prevalece el art. 5 del Dleg. 1/1993, que refunde un precepto declarado inconstitucional.

Por cierto, de prosperar la enmienda núm. 163 a la proposición de Ley de Comercio este esfuerzo legislativo habrá resultado baldío, porque en aquélla se propone el retorno al sistema de libertad de horarios y de días de apertura y cierre del RD-L 2/1985, de 30-IV, precepto que sería de aplicación directa por preverse su carácter de norma básica dictada al amparo del art. 149.1.13ª CE (nueva Disposición Final propuesta en la enmienda núm. 226).

de ejercicio de la actividad comercial) no puede resolverse adscribiendo tales normas a la competencia sobre comercio interior, para determinar, así, que cualquier normativa estatal de las modalidades de venta será, por virtud del art. 149.3 CE, supletoria de la regulación autonómica en que se concrete el ejercicio de la competencia exclusiva sobre comercio interior⁴. Esta perspectiva es equivocada, porque —parafraseando al Tribunal Constitucional— semejante modo de proceder conllevaría una incorrecta delimitación de las reglas competenciales aplicables. En la noción de comercio interior encaja sin esfuerzo —y éstos han sido los contenidos típicos que han pretendido los legisladores autonómicos y grupos parlamentarios proponentes— una regulación que instaure requisitos para el ejercicio de la profesión de comerciante o para la práctica de ciertos tipos de venta, normas que pueden ser competencia estatal por el art. 149.1.6ª CE; la regulación sobre modalidades de venta puede estar —y lo estará mayormente— orientada a la defensa de la competencia, reservada también al Estado por el precepto citado; y, por mandato del art. 51.3 CE, las normas sobre comercio interior deberán contener entre sus fines la defensa de los consumidores y usuarios, materia sobre la que, tras la LO 9/1992 y la correspondiente modificación de sus Estatutos, la generalidad de las Comunidades Autónomas ostenta, al menos, competencias de desarrollo.

Pues bien, la dificultad que entraña la delimitación de competencias sobre el comercio interior deriva de la vacuidad de tal competencia. Esta aserción se justifica en lo siguiente: a diferencia de otros títulos competenciales, cuyos contornos son imprecisos por la vaguedad e indeterminación de los elementos que los identifican (por ejemplo, los

⁴ Éste ha sido el planteamiento de las dos proposiciones de Ley sobre comercio interior (v. el art. 1 I de la de Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya [BOCG, s. B, 24-IX-1993, núm. 32-1], rechazada en noviembre de 1993 y donde ni siquiera se especificaba el título competencial autonómico que determinaría la supletoriedad de la Ley; v. también la DA de la proposición de CiU, con referencia a los títulos de consumo y comercio). Semejante tratamiento del problema competencial era erróneo, porque lo cierto es que, como veremos *infra*, ambas proposiciones contenían previsiones cuya regulación estaba amparada por competencias reservadas a la titularidad estatal.

Distinto es el perfil de las enmiendas que han sido formuladas por CiU y el Grupo Socialista, que, dada su similitud, han debido ser consensuadas entre sendos grupos parlamentarios. Las mismas determinan un grado de aplicación diverso de la Ley en atención a la diversidad de títulos competenciales en juego. En concreto, la enmienda núm. 226 del Grupo Socialista (la nueva DF propuesta) prevé la aplicación general de ciertos preceptos, por conexión con las competencias estatales de los núms. 1º, 6º, 8º, 13º y 18º del art. 149.1 CE (similar en sus resultados, aunque con conexiones distintas, la nueva DF de CiU, enmienda núm. 485).

de los núms. 1º, 13º ó 16º del art. 149.1 CE), la dificultad de aprehender el contenido de la competencia sobre comercio interior es de otro orden. Aunque su criterio de identificación es claro, lo que sucede es que el mismo resulta escasamente útil para resolver el problema competencial. El comercio interior sólo viene identificado en función de la *materia objeto de regulación*, pero, puesto que en este espacio material son constitucionalmente admisibles desarrollos normativos fruto del ejercicio de otras competencias (que son, en muchos casos, de titularidad estatal), resulta evidente que la competencia para disponer una regulación que deba aplicarse *en* el mercado nacional no corresponde tan sólo porque se regule sobre la actividad comercial. Es decir, el criterio de identificación del comercio interior es absolutamente inútil para resolver la cuestión competencial. Esta constatación permite encontrar cierto sentido a la aparente contradicción contenida en el FJ 4º de la STC 228/1993: la constitucionalidad de la regulación gallega sobre las modalidades de venta comercial no puede enjuiciarse atendiendo a la competencia sobre comercio interior, sino que las competencias relevantes son las de defensa de la competencia y consumo.

Esto nos remite a un segundo problema, cual es el de encontrar el criterio de conexión que identifique la norma competencial que faculte para disponer una regulación sobre la actividad comercial. Constitucionalmente la cuestión viene resuelta en el art. 51: el comercio interior no es una competencia autónoma ⁵, sino que constituye o bien una competencia implícita instrumentalizada al fin de protección de los consumidores (o eventualmente a otros, por ejemplo, desarrollo económico regional), o, en segundo lugar, el comercio interior es tan sólo un ámbito material sobre el que se proyecta una reglamentación cualificada por la consecución de tal fin. Sea cual fuere la opción elegida, lo cierto es que existe una necesaria correlación entre ambos títulos com-

⁵ Salvo alguna excepción (por ejemplo, el art. 42 CE), no sólo los principios rectores de la política social y económica no son normas atributivas de competencias (sobre el art. 51 CE, v. SSTC 88/1986, FJ 4º; 15/1989, FJ 1º y 62/1991, FJ 2º), sino que, en algunos casos, ni siquiera constituyen *objetos competenciales* (por ejemplo, protección de la familia, de los niños y de las madres del art. 39 CE, de la tercera edad, art. 50 CE). De este modo, aunque la reserva de ley del art. 51.3 CE se refiera también al régimen de autorización de productos comerciales, tampoco existe una competencia sobre estos productos (aunque sí para los farmacéuticos en el art. 149.1.16ª CE), sino, a lo sumo, una competencia sobre sanidad alimentaria, en la que la determinación de lo básico corresponde al Estado *ex* art. 149.1.16ª CE, lo que incluye la competencia para establecer un registro sanitario nacional y unificado para los productos alimenticios (SSTC 32/1983, FJ 4º; 42/1983; 111/1986, FJ 2º y 15/1989, FJ 3ºc), si bien ello no impide *per se* la creación de registros autonómicos (STC 87/1985, FJ 5º).

petenciales. Por ello causa cierta perplejidad la LO 9/1992, que transfiere competencias de desarrollo sobre consumo y tan sólo competencias de ejecución sobre comercio interior. Ello implica: a) que por vez primera se rompe la equivalencia competencial entre ambos títulos; b) que será necesario discernir cuál es el título correcto, cuando antes la alegación de títulos era indiferenciada (v., por ejemplo, el RD 1945/1983, de 22-VI, donde, entre otras, se sancionan como infracciones de consumo puras infracciones del mercado, y cuya DF 2ª deroga el régimen reglamentario anterior en materia de disciplina de mercado); y c) plantea el problema (nuevo) de saber si el comercio interior puede aparecer como un título implícito de consumo. En efecto, la jurisprudencia constitucional producida hasta la fecha no distinguió nunca —porque no era necesario— entre defensa del consumidor y comercio interior. Tampoco lo hacía la legislación autonómica existente hasta ahora ⁶. Con la distinción propiciada por la LO 9/1992, parece que las Comunidades Autónomas afectadas por la misma podrán legislar en términos amplios cuando las normas persigan la protección de los consumidores, pero no podrán regular el comercio interior ni el régimen de prácticas o establecimientos comerciales. Esta obligada distinción plantea problemas de difícil solución haciendo mucho más complicada la delimitación del título competencial de defensa del consumidor de lo que ya de suyo era antes, pues este título concurre en este momento con otro nuevo (el comercio interior) que antes se utilizaba precisamente para fortificar la competencia que se quería apoyar en el título de defensa del consumidor.

B) La irrelevancia de la competencia sobre defensa de los consumidores y usuarios

Lo cierto es, sin embargo, que tampoco la reconducción a la materia de defensa de los consumidores —como finalidad normativa de la regulación sobre comercio interior impuesta por el art. 51.3 CE— resuelve el problema competencial, porque aquélla comparte en gran

⁶ Si se examinan los preámbulos de las leyes autonómicas se aprecia la alegación conjunta de ambos títulos, y cómo el específico de comercio interior se viene a utilizar como competencia instrumental para la protección del colectivo de los consumidores. V. por ejemplo, los preámbulos de las leyes andaluza (9/1988), canaria (4/1994), catalana (1/1990) y navarra (13/1989). Mención particular merece el caso de Aragón, donde, además, ambos títulos son instrumentales de la competencia exclusiva sobre ferias y mercados interiores (v. el preámbulo de la Ley 9/1989).

medida la inanidad de la competencia sobre comercio interior. Como en éste, el criterio de identificación (vgr. la finalidad de protección de la norma) no permite tampoco determinar el ente competente. No es sólo que el consumo sea una materia de contenido pluridisciplinar (SSTC 71/1982, FJ 1º y 15/1989, FJ 1º), ya que esta dificultad, en la medida en que supone el solapamiento de diversos títulos competenciales en la regulación de una misma parcela de la realidad, es compartida por otras competencias enumeradas en los arts. 148 y 149 CE⁷. La particular complejidad del título competencial que contemplamos no deriva tampoco de que tal competencia, aunque exclusiva, no sea ilimitada, ya que la sujeción a los límites constitucionales es una característica común al ejercicio de toda competencia (en ello repara la STC 88/1986, que enumera expresamente los límites impuestos por los arts. 38 y 149.1.1ª, 6ª, 8ª y 13ª CE; por cierto, el art. 13 de la LO 9/1992 no menciona los núms. 6º y 8º, aunque añade la mención del núm. 16º, todos del art. 149.1 CE). El problema resulta de que la competencia no corresponde porque se trate de una regulación *finalísticamente orientada* a la protección de los consumidores. Esta competencia cede siempre ante otros títulos que, en una interpretación teleológica (vgr. es la razón o fin de la regla el criterio que sirve para determinar la regla competencial que debe prevalecer: entre muchas otras, v. SSTC 71/1982, FJ 2º y 62/1991, FJ 4º), el Tribunal Constitucional considere más específicos, y, como la experiencia ha demostrado, cualquier título estatal potencialmente aplicable al conflicto de que se trate, resulta más específico que el de consumo (y que el de comercio interior: en las SSTC 225/1993, 228/1993, 264/1993 y 284/1993, la genérica reserva estatal del art. 149.1.13ª CE prevalece sobre las competencias sobre consumo y comer-

⁷ El entrecruzamiento de títulos competenciales se ha agravado tras la reforma de los Estatutos de Autonomía propiciada por la LO 9/1992. Ahora la generalidad de las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE, cuentan, entre otras, con competencias exclusivas en las siguientes materias: 1) mercados interiores (por cierto, junto a consumo y comercio, ésta ha sido una de las competencias esgrimidas por Canarias para promulgar su Ley de Ordenación de la Actividad Comercial; v. también el preámbulo de la Ley aragonesa 9/1989, donde, como ya señalamos, las competencias de desarrollo sobre consumo y comercio interior aparecen como instrumentales de las exclusivas en materia de ferias y mercados interiores); 2) industria (sin perjuicio de las reservas estatales del art. 149.1.11ª y 13ª CE), 3) publicidad (sin perjuicio del art. 149.1.1ª, 6ª y 8ª CE), y 4) fomento del desarrollo económico regional. Sin embargo, tan sólo se dispone de competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de consumo (¿y las competencias exclusivas de los núms. 1º y 3º?) y en la ordenación y planificación de la actividad económica regional (¿y la competencia exclusiva núm. 4º?), y competencias de ejecución sobre comercio interior (¿y las competencias exclusivas anteriormente referidas?).

cio para regular los horarios comerciales). Esto es: el fin de protección puede ser realizado de múltiples formas, y no todas son de exclusiva titularidad estatal o autonómica (cfr. SSTC 88/1986, FJ 4º), y el conflicto entre fin normativo (competencia autonómica) y reserva estatal determina siempre la competencia estatal. Bastará recordar los resultados del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la LGDCU: la competencia exclusiva sobre defensa de los consumidores —y lo que sigue es transcripción casi literal de la decisión jurisprudencial— sólo determina la aplicación supletoria de las normas estatales que no pueden ampararse en ningún título competencial propio del Estado (por ejemplo, los arts. 6, 14 y 15 LGDCU, STC 15/1985, FFJJ 3ºd y 5ºb). En definitiva, tampoco puede concluirse que las normas autonómicas cuya finalidad sea la protección del consumidor *en* el comercio interior puedan ser siempre constitucionales por ser fruto del ejercicio de la competencia sobre defensa de los consumidores. Y ello por lo siguiente:

A) En primer lugar, porque cabe que concurren una finalidad de protección de los consumidores y otra finalidad distinta y compatible cuya titularidad sea competencia del Estado (por ejemplo, la del art. 149.1.29ª CE, cfr. SSTC 33/1982, FJ 7º; 71/1982, FJ 7º y 15/1989, FJ 3ºc). El paradigma de concurrencia de finalidades normativas en la regulación de las modalidades de venta y, en general, de la actividad comercial, es el que se produce entre la finalidad de protección al consumidor y la de defensa de la competencia.

B) En segundo lugar, este modo de tratar el problema es compatible con otro que identifique el título competencial en función de la técnica regulatoria empleada por la norma. Así, la protección de los consumidores en el mercado puede realizarse —y de hecho se realiza mayormente— a través de normas civiles o mercantiles, cuya competencia es exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª y 8ª CE).

C) Por último, cabe que la finalidad de protección de los consumidores en el comercio interior deba realizarse sobre un objeto de regulación que sirva de criterio para identificar una competencia estatal. Resulta, así, por ejemplo, que el título autonómico de defensa de los consumidores en el mercado interno puede concurrir con la competencia estatal para el establecimiento de las bases de la sanidad, de manera que, aunque la finalidad de protección de los consumidores se realice mediante regulaciones de Derecho público, la norma sobre prevención de riesgos para la salud procedentes de la actividad comercial sea encuadrable en el art. 149.1.16ª CE (cfr. SSTC 71/1982; 69/1988, FJ 4º; 80/1988, FJ 4º; 136/1991 y 15/1989; en esta última, la norma sobre venta domiciliaria de productos alimenticios del art. 5.2.d LGDCU,

tiene su título competencial propio en la regulación sanitaria y no en la defensa de los consumidores).

Llegados a este punto, hay que cuestionar si, dado el diseño de distribución competencial que resulta de los arts. 149.1 y 148.1 CE, existen contenidos posibles para una competencia sobre comercio interior o sobre defensa de los consumidores. El recuento de los usos (constitucionales) de los que han sido objeto tales títulos competenciales, revela que la respuesta ha de ser negativa: los contenidos que han sido adscritos a las competencias sobre consumo y comercio encontraban fácil acomodo en otros títulos competenciales correspondientes incluso a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE (es decir, que para este viaje no hacían falta tales alforjas). Veámoslo:

A) La competencia sobre defensa de los consumidores ha sido utilizada para dictar normas sancionadoras de conductas ilícitas, en muchos casos tipificadas también en la legislación estatal (v. por ejemplo, los arts. 3-6 de la Ley catalana 1/1990, de 8-I, reproducción de lo dispuesto en el RD 1945/1983). Así, la generalidad de las infracciones del RD 1945/1983 —muchas de las cuales, por cierto, encuentran amparo en la competencia estatal sobre defensa de la competencia— constituyen ahora ilícitos sancionables por las Comunidades Autónomas que hayan asumido la competencia sobre consumo y legislado sobre ella. Posiblemente para ello no era necesaria una competencia sobre consumo, bastaba con las competencias sobre sanidad (art. 148.1.21^a CE), para aquellas disposiciones que tipifican infracciones que versan sobre la salubridad de los productos alimenticios; sobre agricultura y ganadería (art. 148.1.7^a CE), por lo que hace a la producción agroalimentaria; sobre fomento del desarrollo económico regional (art. 148.1.13^a CE), y sobre industria (competencia exclusiva en la generalidad de las Comunidades Autónomas tras la reforma estatutaria subsiguiente a la LO 9/1992). Bien es verdad que también la competencia sobre consumo ha sido utilizada para disponer sanciones por hechos no tipificados en la legislación estatal. Sobre los límites a la creación de nuevos ilícitos volveremos más tarde, pero cabe decir que también este “fruto” de la competencia sobre consumo podía serlo a su vez de otras competencias autonómicas. Véase por ejemplo la STC 71/1982: la titularidad de la competencia sobre vivienda legitima la norma autonómica que impone obligaciones de información al promotor, cuando su contravención genera tan sólo la imposición de una sanción administrativa.

B) La competencia sobre consumo ha servido también para deter-

minar la legitimidad de los reglamentos autonómicos de etiquetado de productos alimenticios (STC 69/1988). Hubiera bastado con entender que ello era una competencia sobre sanidad (art. 148.1.21ª CE, con exclusión de la reserva estatal para el establecimiento de las bases, art. 149.1.16ª CE).

C) Se ha utilizado para ordenar la distribución de la oferta comercial en el propio ámbito territorial. Para este fin hubieran bastado las competencias del art. 148.1.3ª y 13ª CE, asumidas por la generalidad de los Estatutos de Autonomía.

D) Ha servido para legitimar un registro autonómico de comerciantes y la imposición de requisitos administrativos para el ejercicio del comercio. Sobre ello volveremos más tarde, pero el propio Tribunal Constitucional parece apuntar que tal posibilidad se justifica en la necesidad de planificar y fomentar la oferta comercial dentro del ámbito regional, por tanto, en la competencia del art. 148.1.13ª CE (cfr. STC 225/1993, FJ 6ºC).

En los restantes casos, la competencia sobre consumo no era “relevante” a la hora de determinar el ente competente para producir la regulación de que se tratase.

El resultado del carácter fantasmal de las competencias sobre defensa de los consumidores y comercio interior ha sido que, por lo que se refiere a la última, las Comunidades Autónomas han regulado indirectamente aprovechando otros títulos competenciales que, si no tienen como contenido propio el comercio interior, sí que lo afectan (por ejemplo, ordenación del territorio [“urbanismo comercial”] del art. 148.1.3ª CE; fomento del desarrollo económico regional del 148.1.13ª CE). Por ello puede afirmarse que en la regulación de la actividad comercial no existe una barrera normativa para las Comunidades Autónomas que no dispongan de un título específico sobre comercio interior. La licitud de este planteamiento ha sido confirmada por la jurisprudencia constitucional. Valga nuevamente como ejemplo la STC 71/1982: el título sobre vivienda del art. 148.1.3ª CE legitima la norma autonómica que —como se dice expresamente—, teniendo por objeto el comercio interior desde la perspectiva de la defensa de los consumidores, impone obligaciones de información al promotor de viviendas, siempre que su trasgresión conlleve tan sólo efectos jurídico-públicos (FJ 10º). Igualmente, el título sobre urbanismo del art. 148.1.3ª CE ampara la regulación autonómica que condiciona la concesión de licencias para apertura de establecimientos comerciales al cumplimiento de ciertos requisitos y al informe favorable de una comisión regional (STC 227/1993, FFJJ 2º y 6º).

Otro tanto se puede decir con respecto a la competencia sobre defensa de los consumidores. En primer lugar, pueden disponerse normas protectoras del consumidor o usuario cuando se regule sobre otras materias de competencia autonómica. Ilustrativo es también aquí el ya citado FJ 10º de la STC 71/1982⁸. Es más, la propia inanidad de la competencia sobre defensa de los consumidores y usuarios explica que, hasta la fecha, el techo de regulación constitucionalmente lícito haya sido idéntico para las Comunidades Autónomas que tenían competencias exclusivas en la materia y para aquellas que contaban tan sólo con competencias de desarrollo (el caso paradigmático ha sido el de Aragón, que, teniendo tan sólo competencias de desarrollo sobre comercio interior y defensa de los consumidores, ha promulgado una Ley de Ordenación de la Actividad Comercial, la 9/1989, con contenidos similares a los de las regulaciones procedentes de Comunidades Autónomas que ejercitaban competencias exclusivas sobre tales materias). El Tribunal Constitucional ha resuelto siempre considerando el título de defensa del consumidor y comercio interior de un modo global, sin distinguir entre las Comunidades Autónomas que disponen de competencias legislativas plenas y las que sólo disponen de una competencia de desarrollo. La jurisprudencia constitucional ha optado por contraponer a los títulos estatales (ninguno de los cuales es el establecimiento de las "bases de la protección del consumidor y comercio interior") los títulos autonómicos como una reserva material "horizontal", y no como un desarrollo "vertical" de ciertas competencias estatales. La racionalidad de tal solución se justifica en lo ya señalado: no es posible adivinar un eventual precepto normativo que pudiera decirse dictado exclusivamente en base a la competencia de consumo (a pesar de lo sostenido en la STC 15/1989, no lo hay en la LGDCU), pues la protección de los consumidores no es una materia ni una técnica normativa, sino una finalidad de protección de ciertas normas de contenido y técnica muy diversa. Por ello, el núcleo de lo "básico" dentro de la LGDCU no lo es por referencia a la materia exclusiva de consumo,

⁸ Igualmente, Castilla-La Mancha, con única justificación en la competencia exclusiva sobre asistencia social y servicios sociales (art. 31.1.18 EA CLM), ha aprobado la Ley 3/1994, de 3-XI, de Protección de los Usuarios de Entidades, Centros y Servicios Sociales (DOCM, de 25-XI), donde se contienen normas de defensa de los intereses económicos de los usuarios de los mismos (sean aquéllos públicos o privados): por ejemplo, el art. 4.11, que obliga a poner en conocimiento del usuario los precios de los servicios que recibe y a comunicarle con antelación las eventuales variaciones. V. también el art. 4.12, que confiere al usuario el derecho a desistir unilateralmente del servicio (precepto que posiblemente es inconstitucional por invadir la competencia estatal del art. 149.1.8ª CE).

sino porque tal carácter, que determina la aplicación directa de la mayoría de sus preceptos, deriva de la concurrencia de títulos competenciales del Estado, distintos y específicos (por ejemplo, Derecho de contratos, Derecho procesal, bases de la sanidad, etc.). En definitiva, no sólo no existe espacio normativo imaginable para una competencia propia en materia de defensa de los consumidores perteneciente al Estado, sino que tampoco existe cuando una Comunidad Autónoma desarrolla esta legislación, que no necesitará ni utilizará un título específico de protección de los consumidores, sino los títulos sobre sanidad, urbanismo, desarrollo y planificación económica regional, etc.

B) *Justificación de la sistemática de la exposición*

En las páginas que siguen, la exposición de las competencias sobre las modalidades de venta se ha estructurado distinguiendo la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de un lado, y las competencias locales, de otro. La diferenciación no es caprichosa, sino que, como veremos, el tratamiento separado viene exigido por la diversa configuración del sistema de distribución competencial de tales entes territoriales determinado en la propia Constitución.

II. LA DISTRIBUCION COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

Los límites a la regulación autonómica sobre la actividad comercial —que, por otra parte, son los predicables de toda competencia regional— pueden ser estructurados de la forma siguiente: en primer lugar, la reglamentación autonómica está limitada por las reservas estatales del art. 149.1 CE. Aquí el grado de dificultad de aplicación de la regla competencial será distinto según que se trate de una reserva sobre una *técnica de resolución de conflictos* (vgr. competencia sobre el Derecho de contratos), sobre una *finalidad normativa* (vgr. la defensa de la leal competencia) o sobre un *objeto de regulación* (vgr. productos farmacéuticos, armas y explosivos, sanidad interior [dificultad añadida porque la competencia estatal se reduce a las “bases”], igualdad básica en el ejercicio de la libertad de empresa [objeto también de complicada delimitación]). El segundo tipo de límites al ejercicio de las competencias autonómicas viene constituido por el principio de unidad de mercado,

que por el momento no ha determinado por sí sólo la inconstitucionalidad de ninguna legislación autonómica sobre las modalidades de venta, aunque sí se ha apreciado su trasgresión en la regulación de otros aspectos de la actividad comercial⁹. Hay un último límite a la regulación autonómica, que es el de la ordenación general de la economía, título competencial desarrollado íntegramente por la jurisprudencia constitucional, que desborda el tenor literal del art. 149.1.13^a CE¹⁰. Hasta el presente, su incidencia en las modalidades de venta ha sido nula (sí que ha tenido aplicación, por ejemplo, en la materia de horarios comerciales), pero su potencial es enorme dados los términos en los que el Tribunal Constitucional ha formulado esta *competencia general* en favor del Estado.

En todos los casos, la técnica de argumentación utilizada por el Tribunal Constitucional —por lo demás profusamente empleada en otras materias diversas a la del presente estudio— es similar: la determinación de la norma competencial “relevante” se realiza atendiendo a la *finalidad* tanto de las normas competenciales en juego como de la disposición cuya constitucionalidad se cuestiona. Una vez *delimitada* la norma competencial prevalente, la determinación del ente competente se opera por medio de un proceso de subsunción. Cuando las normas seleccionadas son varias, a tal proceso precede la utilización de algún criterio de resolución adicional. Se emplean aquí reglas de uso incierto: basta a veces entender que la competencia estatal limita la autonómica¹¹, en

⁹ V. STC 71/1982, FJ 9^o: es inconstitucional la norma autonómica que prohíbe con carácter general la circulación de productos que impliquen riesgos para la salud, sin que la aplicación de tal medida se reduzca a los productos cuyo proceso de fabricación esté sometido a la competencia autonómica. Por razones similares, la existencia de un registro autonómico sanitario de alimentos no supondrá una fragmentación inconstitucional del mercado cuando la exigencia de inscripción se refiera a productos que ingresen al mercado nacional a través del territorio autonómico, y siempre que la misma se practique también en el registro nacional (STC 87/1985, FFJJ 5^o y 6^o).

El principio de unidad de mercado ha tenido también una relativa relevancia en materia sancionadora. Lo trasgrede la norma autonómica que diverge *cualitativamente* de la estatal (STC 87/1985), pero no la norma regional que, imponiendo idéntica sanción (se trataba de la clausura definitiva de la empresa infractora), es *razonable*, atendida la finalidad perseguida por la sanción (STC 136/1991, FJ 2^o). ¿Incurrir en inconstitucionalidad la norma andaluza (art. 8.3 IV Ley 9/1988) que sanciona con la inhabilitación permanente para el ejercicio del comercio ambulante a quien reincide en una infracción muy grave?

¹⁰ Como dice TORNOS MAS, el Tribunal Constitucional ha elaborado un título material a favor del Estado que no está en la lista del art. 149.1 CE (*Derecho Administrativo económico*, II, p. 591; idem, *Estudios sobre la Constitución Española...*, V, p. 4129).

¹¹ V. STC 192/1990, sobre la sanidad exterior y la competencia autonómica exclusiva en materia de agricultura.

ocasiones el título específico prima sobre el genérico¹², y a veces el conflicto se resuelve en favor del título más genérico¹³. Sin ir más lejos, esta última ha sido la solución en relación con la regulación autonómica sobre horarios comerciales: aunque ésta sea una submateria del comercio interior, prevalece la competencia estatal (genérica) del art. 149.1.13ª CE (v. SSTC 225/1993, 228/1993, 264/1993 y 284/1993).

A) Derecho público y Derecho privado como criterio de distribución competencial

1. La reserva estatal sobre el Derecho de contratos

La regla decisoria estadísticamente más relevante y cualitativamente de mayor envergadura utilizada por el Tribunal Constitucional para resolver los conflictos de concurrencia entre defensa del consumidor/comercio interior y reserva de competencia estatal, ha sido la que distingue entre regulación jurídico administrativa y regulación jurídico privada (civil y mercantil) del Derecho de contratos. En la medida en que las normas autonómicas sometidas a examen son normas de regulación de una actividad comercial, y dado que esta actividad se desarrolla y manifiesta en la contratación con adquirentes finales, el tema a dilucidar es cómo se reparten las competencias de regulación del Derecho de contratos.

a) *La regla*

La regla elaborada por el Tribunal Constitucional desde sus primeras resoluciones es clara en su manifestación general, aunque pueda presentar problemas de concreción en cada caso. Dicha regla reza como sigue: ninguno de los títulos competenciales que puedan ostentar las Comunidades Autónomas es bastante para regular el con-

¹² Por ejemplo, a la hora de determinar la disciplina sanitaria de los productos alimenticios, prevalece la competencia estatal para el establecimiento de las bases de la sanidad sobre el título exclusivo de defensa de los consumidores (STC 71/1982). En la STC 76/1991 prima la reserva estatal del comercio exterior sobre el título autonómico en materia de agricultura. Igualmente, en la STC 208/1991 prevalece la competencia autonómica de ejecución en materia de sanidad sobre la reserva estatal del art. 149.1.22ª CE.

¹³ Por ejemplo, porque deba preservarse la autonomía local (v. STC 213/1988).

tenido de los contratos entre empresarios y consumidores, y la regulación que puedan producir las Comunidades Autónomas en el ámbito de su competencia no puede llegar hasta el punto de determinar consecuencias jurídico privadas para la infracción o contravención de las disposiciones autonómicas reguladoras de la actividad comercial. En otros términos: la constitucionalidad de las normas autonómicas queda salvada en la medida en que su efectividad sancionadora no interfiera en los mecanismos de defensa propios del Derecho privado contractual (doctrina contenida en las SSTC 37/1981, 71/1982, 88/1986, 62/1991, 264/1993 y 284/1993).

b) *Sus aplicaciones*

La aplicación de la precitada regla ha llevado al Tribunal Constitucional a declarar lo siguiente:

A) Que es inconstitucional la norma autonómica que *innova* el Derecho de contratos. Aunque el art. 149.1.8ª CE sólo reserve exclusivamente al Estado las “bases” de las obligaciones contractuales, la jurisprudencia constitucional no ha distinguido entre bases del Derecho de contratos y desarrollo de aquéllas, de manera que toda norma privada de Derecho de contratos es competencia estatal. El Tribunal Constitucional se refiere al Derecho privado de contratos como un todo sometido a la reserva estatal¹⁴. Y es esto, lo que, como veremos, explica la mención conjunta, inespecífica, a las reservas estatales sobre el Derecho civil y mercantil.

Así, es inconstitucional la disposición autonómica que incluye nuevas cláusulas abusivas no previstas en la legislación estatal (STC 62/1991, FJ 4ºb); que dispone un régimen de responsabilidad por daños (STC 71/1982, FJ 19º); que impone la obligación, contractualmente exigible, de mantener un servicio postventa (STC 71/1982, FJ 17º); que establece que en las ventas condicionadas no se contrae ninguna obligación de pago (STC 264/1993, FJ 4º); o que en la venta domiciliaria dispone un periodo de reflexión de siete días para rescindir el compromiso de compra, con los efectos de la devolución de cosa y precio (SSTC 264/1993, FJ 4º y 284/1993, FJ 5º); o que determina la responsabilidad solidaria del titular del establecimiento y del titular de la explotación comercial de la máquina expendedora en la venta

¹⁴ Atribución competencial que se justifica en el principio de unidad de mercado (v. R. BERCOVITZ, AC 1987-1, & 43, p. 168).

automática (STC 264/1993, FJ 4º). Inconstitucionales serán también las previsiones de los arts. 28.e y 42.d de la Ley canaria 4/1994.

Es inconstitucional la norma autonómica que impone obligaciones generales de información a los empresarios y el correlativo derecho de los consumidores a exigirla, sin que sea preciso —como hace la STC 71/1982, FJ 18º— argumentar que, además, la Comunidad Autónoma carece de competencias sobre los “sectores” afectados. El establecimiento de una obligación de información cuya trasgresión tenga efectos jurídicos privados no puede ser nunca competencia autonómica, y ello aunque tal obligación no se formule en términos generales y se relacione con “objetos” de competencia autonómica.

Obviamente, las Comunidades Autónomas no pueden tampoco determinar el ámbito de aplicación de una norma privada del Derecho de contratos. V. por ejemplo, el art. 22.2 de la Ley canaria 4/1994.

B) Que también es inconstitucional la norma autonómica que *reproduce* normas estatales del Derecho de contratos, cuando la trasgresión de la norma conlleve igualmente efectos civiles.

Es inconstitucional la norma autonómica que reitera el listado de cláusulas abusivas del art. 10 LGDCU o los efectos contractuales de la garantía de los bienes duraderos del art. 11 LGDCU (STC 62/1991, FJ 4ºb y c) ¹⁵.

C) Ahora bien, con el objeto evidente de salvar la constitucionalidad de una norma si es posible ofrecer de ella una “interpretación conforme a la Constitución”, el Tribunal Constitucional estima la validez de disposiciones autonómicas que contienen prohibiciones o crean obligaciones “contractuales”, bajo la *presuposición* (que, en el fondo no es otra cosa que una *reducción del alcance natural de la norma* enjuiciada) de que no incorporan ninguna consecuencia jurídica interprivados para el caso de contravención. Con este argumento, sobre el cual haremos algunas consideraciones en el epígrafe siguiente, el Tribunal ha decidido la constitucionalidad de diversos tipos de normas autonómicas:

1º. En primer lugar, se declara la validez de lo que el Tribunal considera declaraciones programáticas, aunque se trate de objetivos que se consiguen principalmente a través de medios reservados a la competencia estatal.

¹⁵ De todas formas, no es inconstitucional toda reiteración autonómica de normas estatales fruto de reservas exclusivas del Estado, v. por ejemplo el FJ 8º de la STC 71/1982, donde se determina la constitucionalidad de las normas autonómicas que reproducen la regulación estatal sobre productos farmacéuticos, competencia exclusiva del Estado *ex art. 149.1.16ª CE*.

Por ejemplo, que se velará por el cumplimiento de las normas sobre contratos, o para que no se impongan cláusulas abusivas en los negocios celebrados con consumidores (STC 71/1982, FFJJ 12° y 14°), por la correspondencia calidad/precio (STC 62/1991, FJ 4°c); que se responderá por daños (STC 71/1982, FJ 19°).

2°. La segunda aplicación es aquella que determina la licitud de las normas autonómicas que prescriben obligaciones “contractuales” o que prohíben conductas o pactos “contractuales”, pero cuya trasgresión comporta una sanción propia del Derecho administrativo sancionador, sin comprender las medidas específicas del Derecho contractual (en este sentido, es particularmente explícito el pronunciamiento contenido en el FJ 4° de la STC 62/1991).

Son, así, constitucionales las sanciones autonómicas creadas para los casos de contravención de las obligaciones del vendedor referidas al servicio postventa, o a la garantía de bienes duraderos (SSTC 71/1982, FJ 16° y 62/1991, FJ 4°c), o que sancionan la infracción de ciertas obligaciones de información al consumidor (STC 62/1991, FJ 4°c), o la trasgresión de las obligaciones de información del promotor de viviendas (STC 71/1982, FJ 10°), o la contravención de la prohibición de ofertas condicionadas a la obtención de otros productos o servicios (SSTC 71/1982, FJ 8°c y 264/1993, FJ 4°). En el FJ 5° de la STC 284/1993, la norma catalana cuestionada —refundida hoy en el DLeg. 1/1993, de 9-III— sería constitucional si se limitase a sancionar al vendedor que incumple la obligación de informar al comprador del derecho que le confiere el art. 5 de la Ley 26/1991.

3°. Igualmente, son lícitas las remisiones autonómicas a la legislación estatal para configurar la infracción de las normas de ésta como supuesto que da lugar a infracción propia de la regulación autonómica (cfr. STC 225/1993, FJ 6°E, sobre las obligaciones relativas a la Seguridad Social).

En definitiva, cuando el Estado disponga de competencia exclusiva sobre una determinada técnica normativa de resolución de conflictos, esta competencia no queda excluida por el hecho de que la técnica en cuestión (vgr. regulación jurídico privada del Derecho de contratos) se aplique en persecución de un fin (vgr. defensa del consumidor) o en un ámbito material (vgr. comercio interior) que sea una competencia estatutariamente asumida de forma exclusiva. Así, las disposiciones autonómicas no pueden contener regulación propia del Derecho de contratos, y, además, las normas autonómicas que contienen obligaciones y prohibiciones se interpretan como si no dispusieran consecuencias jurídico-privadas para el caso de contravención.

c) *Consideraciones críticas. En particular, la lesión de derechos contractuales como ilícito administrativo*

La doctrina constitucional reseñada y ciertas aplicaciones de las que ha sido objeto, requieren alguna reflexión.

En primer lugar, existe una confusión entre las competencias de los núms. 6º y 8º del art. 149.1 CE, que son objeto de alegación indiferenciada cuando se está dirimiendo el alcance de la competencia estatal en materia de Derecho de contratos. Es más, se habla mayormente del Derecho de contratos en relación con la competencia sobre legislación mercantil del art. 149.1.6ª CE (v. particularmente las SSTC 88/1986, FJ 5º y 62/1991, FJ 2º), cuando resulta que las compraventas celebradas con consumidores son civiles. Lo cierto es que la distinción anterior carecería de sentido práctico si no fuera porque la distribución competencial no es igual para los contratos civiles que para los mercantiles (la STC 71/1982, FFJJ 14º y 19º, contiene una mención al derecho foral como salvedad a la reserva estatal del art. 149.1.8ª CE, que, según se dice, no es de aplicación en el caso). Bien es verdad que hasta el presente ninguna Comunidad Autónoma ha pretendido la competencia para dictar, como desarrollo de un derecho foral propio, una norma de Derecho privado de contratos finalísticamente orientada a la defensa de los consumidores. En todo caso, si una Comunidad Autónoma tuviera derecho civil propio sobre contratos, sería irrelevante que dispusiera, además, de competencias sobre comercio interior o sobre consumo, porque en desarrollo de aquél podría dictar una norma civil aplicable a cualquier ámbito y en persecución de cualquier fin o de ninguno. Lo que no podría hacer, por el mandato del art. 51.1 CE, es disponer una norma civil que perjudicase al consumidor.

Ahora bien, lo que el Tribunal Constitucional quiere afirmar con la referencia conjunta a los núms. 6º y 8º del art. 149.1 CE es la competencia exclusiva del Estado para regular el Derecho privado de los contratos, normas que serán de aplicación directa incluso en aquellas Comunidades Autónomas que dispongan de competencias de “modificación y desarrollo” del derecho civil especial propio. Como indicamos *supra*, el Tribunal Constitucional no ha distinguido entre bases de las obligaciones contractuales (de exclusiva competencia estatal) y desarrollo de las mismas (que podría corresponder a las Comunidades Autónomas), por lo que cualquier “innovación” o “reproducción” autonómica de tal materia es siempre inconstitucional.

La contravención de obligaciones “contractuales” como infracción administrativa.—De la jurisprudencia constitucional se desprende que la

regulación jurídico administrativa autonómica de los contratos entre particulares puede producirse fundamentalmente en dos sectores de la dinámica contractual. En primer lugar, mediante una regulación anticipatoria, que exija condiciones varias y autorizaciones diversas para el ejercicio de la actividad comercial. En segundo lugar, el régimen sancionador. La regulación jurídico-pública de los contratos privados se viene produciendo, de esta forma, mediante la técnica de convertir las infracciones de obligaciones contractuales en ilícito administrativo: además de llevar aparejadas consecuencias privadas, se adosan a éstas otros efectos negativos en la forma de sanciones de tipo administrativo. Se produce entonces una doble trascendencia de la infracción del estatuto contractual ¹⁶. Pues bien, varios son los puntos de reflexión que sugiere esta doctrina:

A) El primero de ellos está relacionado con la pregunta sobre los límites a la creación autonómica de nuevas obligaciones “contractuales” sancionables en vía administrativa. Esto es: ¿pueden crearse obligaciones “contractuales” no dispuestas en el Derecho privado de contratos cuya trasgresión constituya un ilícito administrativo autonómico? Hasta el presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido lo suficientemente explícita al respecto, aunque los resultados obtenidos permiten responder afirmativamente. No otra cosa se desprende de lo resuelto en la ya citada STC 71/1982. En este pronunciamiento se determinó la constitucionalidad de la norma vasca que sancionaba administrativamente el incumplimiento de las obligaciones de información del promotor de viviendas que, en 1981 —antes del RD 515/1989, de 21-IV—, no existían en la legislación estatal (FJ 10º), y que, por ello mismo, ni eran exigibles por el contratante, ni su trasgresión podía generar ningún efecto jurídico-civil. Siguiendo esta doctrina, la STC 62/1991 declara la constitucionalidad de la norma que impone sanciones para la trasgresión de las obligaciones del vendedor referidas al servicio postventa, y ello aunque la disposición autonómica no constituya una transcripción de la normativa estatal (FJ 4ºc). No obstante, en el FJ 5º de la STC 284/1993, tras entender que

¹⁶ Por otra parte, el Estado no carece de títulos competenciales para disciplinar las infracciones administrativas en materia de disciplina de mercado, con aplicación incluso a las Comunidades Autónomas con competencia plena en esta materia. En primer lugar, la competencia sobre las bases del régimen de las Administraciones públicas (art. 149.1.18ª CE). En segundo lugar, la apelación al carácter básico del orden económico de una regulación mínimamente congruente en materia de sanciones propias del régimen de disciplina de mercado (art. 149.1.13ª CE). Por último, la propia competencia de armonización de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1ª CE).

se incluye entre las competencias autonómicas el cometido de establecer y regular los datos informativos que deben contener las ofertas de venta, a renglón seguido se introduce una matización: “siempre, claro está, que se refieran a derechos reconocidos en normas aprobadas por el legislador que ostente la competencia para ello; en el caso contemplado, el legislador estatal (*sic*)”. Esta acotación —por lo demás innecesaria, ya que el Tribunal estima que la norma catalana es inconstitucional por contener una regulación privada de contratos— no ha de ser interpretada en un sentido literal: si la norma autonómica no constituye Derecho privado de contratos, sino que consiste en una regulación jurídico-pública, la reserva estatal en materia de contratos no obsta a la provisión de nuevas obligaciones “contractuales” cuya trasgresión sólo comporte el efecto de constituir un ilícito administrativo. Ello no impedirá que la norma pueda ser inconstitucional por otras razones, porque lo cierto es que no existe una libertad omnímoda para que las Comunidades Autónomas puedan configurar libremente los supuestos de hecho de su Derecho sancionador y los caracteres de las sanciones que crean. Los límites a la competencia autonómica son los siguientes:

1º. El test de la proporcionalidad en la intervención administrativa. Se produciría una incidencia en la unidad del mercado si el régimen administrativo autonómico fuese desproporcionado al fin pretendido (SSTC 88/1986 y 225/1993). En este orden de cosas, las Comunidades Autónomas con competencia en la materia pueden disponer sanciones distintas a las recogidas en la legislación estatal de disciplina de mercado y protección de los consumidores (básicamente, el RD 1945/1983), estando capacitadas para modular tipos y sanciones provenientes de la legislación estatal. Eso sí, aunque la lesión de un derecho contractual no lleve aparejada sanción administrativa conforme a la legislación estatal, la imposición autonómica de una sanción en tal caso permitiría entender que la norma está a salvo del reproche de inconstitucionalidad derivado del art. 139.2 CE, por cuanto se limita a proteger mediante una técnica de Derecho público el mismo bien jurídico tutelado por una norma de Derecho privado (cfr. STC 85/1987, FJ 8º).

2º. El límite derivado de la igualdad en las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos fundamentales (SSTC 88/1986 y 225/1993). Esta ruptura de la igualdad se produce cuando la sanción prevista es desproporcionada en relación a la gravedad de la infracción (STC 136/1991). La STC 87/1985 se refiere en este sentido a una “unidad fundamental del esquema sancionador” y a una proscripción de las “divergencias irrazonables”.

B) La segunda reflexión que sugiere la precitada doctrina constitucional tiene por objeto precisamente cuestionar el planteamiento que constituye su premisa: según aquella, la norma autonómica que sancione administrativamente la infracción de obligaciones “contractuales” es lícita por el hecho de no conllevar ningún efecto jurídico interprivados. Pues bien, si la trasgresión de la norma imperativa que verse sobre una obligación “contractual” no genera efectos interprivados, la finalidad de la disposición no puede ser la protección del consumidor, porque la misma no se cumple con la imposición de una sanción administrativa. No quiere decirse que el establecimiento de mecanismos de reacción jurídico-públicos para el caso de infracción de normas imperativas que versen sobre una relación obligatoria sea inconstitucional, ni que sea contrario a la naturaleza de las cosas. Ello constituye la elección de una técnica legislativa, de uso creciente por el legislador estatal, y cuyo acierto o desacierto no vamos a entrar a considerar aquí¹⁷. Lo que quiere decirse es que esta técnica normativa no tiene por objeto la protección de los consumidores, sino la defensa de la competencia (porque, como veremos *infra*, tales fines son absolutamente fungibles), materia que es de exclusiva competencia del Estado.

C) La tercera reflexión está relacionada precisamente con el Derecho de la competencia. Lo cierto es que, por virtud de lo dispuesto en el art. 15 LCD —que contiene una norma de cierre importante en la regulación del comercio interior—, las normas autonómicas sobre la actividad comercial sí que van a tener un efecto jurídico privado: cualquier infracción de normas administrativas (estatales o autonómicas) que tengan por objeto la disciplina del mercado (reglamentaciones de precios, de horarios, monopolios de ventas, requisitos de titulación y colegiación, etc.) no sólo constituirá un ilícito administrativo sancionable por la Administración actuante, sino una conducta *objetivamente ilícita desde el punto de vista jurídico privado*, que podrá ser combatida en vía civil (acciones de cesación, de prohibición y de indemnización en

¹⁷ Críticamente, por el incremento, sin parejo beneficio, de los costes de administración de tal sistema, v. TRONCOSO Y REIGADA, *La Ley*, 21-X-1994, pp. 1 y ss. V. también MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ/CALONGE VELAZQUEZ/LAGUNA DE PAZ/GARCIA DE COCA, *Informes. La proposición de Ley de Comercio*, quienes se plantean si las prevenciones especiales para la realización de ciertas ventas (señalizaciones, etc.), que se dicen pensadas para proteger a los consumidores, son necesarias dados los arts. 8 LGDCU, 5 y 7 LCD y 3 y ss. de la Ley 34/1988. En este sentido, interesa destacar que la protección del consumidor y del pequeño y mediano empresario a través del Derecho de la competencia no constituye una protección deficitaria o ilimitada, comparada con la que pudiera extraerse de un Derecho de la reglamentación administrativa del comercio interior.

su caso) por los competidores, las corporaciones o asociaciones profesionales y las asociaciones de consumidores.

D) En cuarto lugar hay que destacar que la multiplicación de infracciones de tipo administrativo que tienen como supuesto de hecho puras contravenciones contractuales no es irrelevante para la competencia entre empresarios. La concurrencia de una sanción administrativa junto al coste económico (eventual) de un resarcimiento por daños contractuales aumenta los costes de las empresas sometidas a la aplicación de la norma administrativa. Estos costes excedentarios son costes de producción que no tienen que soportar empresas sujetas territorialmente a un Derecho administrativo no intervencionista. Con ello se alteran las condiciones de la competencia en la medida en que por vía indirecta se incide sobre los precios de los productos. Ciertamente no estamos ahora ante una intromisión en el Derecho privado de la contratación, pero sí ante una modificación, ajena al mercado, de las condiciones de partida para el ejercicio de una competencia leal en el mercado nacional.

E) La quinta reflexión viene referida a la calidad de las leyes. Como consecuencia de que las normas autonómicas vienen practicando (porque así lo impone la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) una especie de autorrestricción en su alcance normativo, se multiplican las normas que consisten en puras prohibiciones abstractas de conductas contractuales o precontractuales que después no van acompañadas de un efecto que incida en la estructura de la relación contractual. La normativa autonómica se colma de productos legislativos superfluos, de puras "metanormas" cuyo contenido único se reduce muchas veces a recordar que la Administración regional dispone de una competencia de la que se recuerda que se hará uso en el futuro, o de la que se predice una actualización futura acomodada a los intereses para cuya protección viene atribuida esta competencia. Son cuerpos legislativos amorfos cargados de preceptos cuyo supuesto no es otro que prometer o amenazar con una conducta administrativa futura veladora del cumplimiento de las leyes. Como cuando se dice por ejemplo que la Administración regional pondrá en práctica las medidas adecuadas / velará / cuidará / etc., de que la publicidad ofrecida por los empresarios se acomode o sujete a los principios de suficiencia o veracidad, "poniéndose todos los medios adecuados" para que sea respetada la legislación general (civil) relativa a la publicidad.

F) Una última consideración: aunque anteriormente renunciáramos a pronunciarnos sobre la conveniencia de una técnica legislativa como la que estamos contemplando, sí que interesa, no obstante, llamar la

atención sobre la existencia de un límite constitucional al establecimiento de sanciones por infracciones de intereses puramente contractuales. El mismo se encuentra en el art. 103 CE que, al determinar que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales [...]”, impide la publicación de intereses particulares. No es sólo que la tipificación de ilícitos administrativos por la lesión de derechos contractuales sea, por sus altos costes de administración, una norma ineficiente. Es que el art. 103 CE constituye también una cláusula competencial negativa, de manera que la Administración no puede ser puesta al servicio de intereses particulares. Como argumento que abona esta afirmación, piénsese en lo siguiente: no toda práctica desleal supone un ataque a la competencia en el mercado que ponga en marcha la maquinaria administrativo-sancionadora diseñada en la LDC, para ello es preciso que el acto desleal pueda falsear de manera sensible la competencia, y que, por su dimensión, afecte al interés público (cfr. arts. 15 LCD y 7 LDC, y una muchedumbre de resoluciones en este sentido del Tribunal de Defensa de la Competencia ¹⁸).

2. La competencia estatal en la regulación de la capacidad jurídica mercantil. La imposición autonómica de requisitos para el ejercicio del comercio

Es doctrina constitucional que las normas sobre capacidad del empresario son contenido de la competencia estatal sobre legislación mercantil del art. 149.1.6ª CE (SSTC 88/1986, FJ 8ºf y 225/1993, FJ 5º). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido que la instauración autonómica de sanciones y requisitos administrativos para los comerciantes no permite concluir sin más que estamos ante una regulación (inconstitucional) de la actividad mercantil. Para que exista exceso competencial es preciso que la regulación sea de carácter *esencial* y definidor de la actividad, por lo que se remite a un juicio de proporcionalidad caso por caso entre la restricción y el objetivo de protección de los consumidores (v. SSTC 88/1986, FJ 5º; 225/1993, FJ 6ºb y 284/1993, FJ 2º). Así, no son inconstitucionales las normas que condicionan el lícito ejercicio del comercio al cumplimiento de la regulación estatal, ni tampoco las normas autonómicas que introducen nuevos

¹⁸ V., por ejemplo, las de 9-X y 30-XII-1991, 3-II y 23-III-1992, 17-II, 16-IV y 10-VI-1993 (Ar. Civ. 1993, && 505, 1352, 1980), 15-IV, 5 y 11-VII-1994 (Ar. Civ. 1994, && 642, 1363 y 1365).

requisitos para la realización de la actividad comercial (típicamente, la inscripción en un registro autonómico de comerciantes)¹⁹, o para la práctica de ciertos tipos de ventas²⁰. Es inconstitucional, por desproporcionada y por invadir la competencia estatal del art. 149.1.6ª CE, la prohibición, durante tres años, de ejercer una actividad similar tras una venta en liquidación (STC 88/1986, FJ 8ºf).

Pues bien, varias son las consideraciones que sugiere la doctrina expuesta:

A) En primer lugar, exceptuando el Derecho de la competencia, la reserva estatal del art. 149.1.6ª CE se ciñe exclusivamente a la regulación jurídico-privada mercantil. Sean cuales sean los ámbitos que comprenda el Derecho mercantil, no está sometida al Estado cualquier regulación cuyos destinatarios sean los empresarios. Esta interpretación —que, por lo demás, se desprende sin esfuerzo de la sistemática del propio art. 149.1 CE, donde, por ejemplo, se reserva al Estado la reglamentación de ciertos sectores empresariales, núms. 11º y 20º— ha sido la adoptada por el Tribunal Constitucional (v. SSTC 37/1981, FJ 3º; 14/1986, FJ 7º y 88/1986, FJ 5º). En efecto, la competencia estatal sobre legislación mercantil es una reserva sobre una técnica de regulación, no sobre un objeto de reglamentación (vgr. la empresa). Como se dice en el FJ 3º de la STC 37/1981, a los efectos de la distribución de competencias, el problema de la delimitación conceptual del Derecho mercantil se traslada entonces al de la delimitación entre Derecho privado y Derecho público.

B) Ahora bien, las normas sobre capacidad no son ni de Derecho público ni de Derecho privado, sino que simplemente constituyen el *presupuesto* de cualesquiera relaciones de Derecho. Así, la competencia no es estatal porque se trate de una norma de Derecho privado, sino tan sólo cuando el establecimiento de un ámbito de capacidad al empresario determine consecuencias jurídico privadas, precisamente porque la norma en cuestión sea el presupuesto de una relación jurídico privada.

¹⁹ SSTC 88/1986, FJ 8ºc y g; 225/1993, FJ 5ºc; 284/1993, FJ 2º y 3º, donde se dice que, además, ello no vulnera la competencia estatal sobre registros del art. 149.1.8ª CE. También es constitucional la exigencia autonómica de requisitos de capacitación oficial, sin que ello suponga invasión de la competencia estatal del art. 149.1.30ª CE (STC 225/1993, FJ 6ºc).

²⁰ Es constitucional la exigencia de inscripción en un registro autonómico para la práctica de la venta domiciliaria (STC 88/1986, FJ 8ºc), o, en general, para la venta fuera de establecimiento (no sedentaria, domiciliaria y venta a distancia, STC 225/1993, FJ 6ºc).

C) De acuerdo con lo anterior, ninguna norma autonómica que establezca requisitos para el ejercicio del comercio o la práctica de ciertos tipos de venta, y cuya contravención genere tan sólo efectos jurídico-públicos, podrá ser inconstitucional por invadir la competencia estatal del art. 149.1.6ª CE, sin perjuicio de que pueda ser inconstitucional por otras razones (vgr. por introducir una barrera en el mercado nacional [art. 139.2 CE], por vulnerar el derecho a la libre empresa [art. 38 CE]). Por ello, y a pesar de la desafortunada justificación contenida en el FJ 8ºf de la STC 88/1986, la norma autonómica que prohíbe durante tres años el ejercicio de una actividad comercial similar tras una venta en liquidación, disponiendo sanciones administrativas para el caso de contravención, no puede ser inconstitucional por invadir la reserva estatal sobre legislación mercantil ²¹.

D) La invasión de la competencia estatal del art. 149.1.6ª CE no puede ser baremada atendiendo al carácter “esencial y definidor de la actividad” del requisito que imponga la regulación autonómica. La capacidad no es un atributo graduable: se tiene o no capacidad para el ejercicio del comercio si se reúnen las condiciones del art. 4 CCo, norma ésta que tampoco contiene requisitos esenciales y no esenciales, sino que todos ellos condicionan por igual el ejercicio de la actividad comercial. Aunque el Tribunal Constitucional ha admitido que no toda incidencia en la competencia estatal es inconstitucional (SSTC 125/1984, FJ 1º; 153/1989, FJ 8º, 76/1991, FJ 4º; 100/1991, FJ 5º; 149/1991, FJ 4ºBe), lo cierto es que en la materia de capacidad del comerciante no caben términos intermedios: la norma regulará o no la capacidad, y ello, obviamente, con independencia de que la misma deba aplicarse tan sólo a un sector empresarial determinado (por ejemplo, al comerciante minorista).

E) Entender que el estándar de licitud varía en función de la esencialidad del requisito introducido por la regulación autonómica, sólo tiene sentido si se interpreta que la constitucionalidad de las exigencias administrativas para el ejercicio de la profesión de comerciante está relacionada —como de hecho lo está— con el principio de libertad de empresa del art. 38 CE (en conexión con el art. 149.1.1ª CE), o bien porque el parámetro de constitucionalidad de la norma sea —que siempre lo es— el art. 139.2 CE. Es en esta sede donde la regulación autonómica podrá ser inconstitucional por desigualar las condiciones básicas para el ejercicio del comercio en el territorio nacional, y/o cuando la restricción conlleve un sacrificio para la unidad del mercado

²¹ Críticamente también, v. R. BERCOVITZ, AC 1987-1, & 43, p. 161.

que sea desproporcionado con respecto a la finalidad perseguida por la norma (v. en este sentido la STC 225/1993, FJ 5ºc).

F) Por último, es evidente que la constitucionalidad de las exigencias administrativas autonómicas para el ejercicio del comercio no puede justificarse —como hacen las SSTC 225/1993, FJ 6ºb y 284/1993, FJ 2º—, en el art. 9.1 CE, porque el argumento sería necesariamente circular: se dice que la norma es constitucional porque hay que obedecer las normas, con lo que la obligación de sujeción a la norma se fundamenta en su mera existencia, cuya constitucionalidad se deja sin justificar.

B) *La defensa de la competencia.*

Desde el primer momento en que las Comunidades Autónomas legislaron en materia de defensa del consumidor, y esta legislación optó por la regulación o prohibición de formas o prácticas comerciales determinadas, el ejercicio de la competencia autonómica entraba en conflicto con la reserva estatal del art. 149.1.6º CE²². Si la defensa del consumidor se instrumenta a través de la imposición de obligaciones contractuales o de otro tipo, que inciden sobre los empresarios, éstos podrían considerar que la norma en cuestión no produce un resultado en la relación “vertical” con el consumidor, sino que, además, interfiere en las relaciones “horizontales” con otros concurrentes y/o delimita el ámbito lícito de la libertad de empresa.

El Tribunal Constitucional se ha enfrentado a la problemática delimitación de uno y otro ámbito y los criterios de selección utilizados se fundan en el fin u objetivo preponderante de la norma cuestionada (SSTC 88/1986, FJ 4º y 228/1993, FJ 5º). En aplicación del mismo se dirá lo siguiente:

A) La protección *horizontal* de los competidores es defensa de la competencia, aunque ésta se realice a través de normas que pretendan tutelar al consumidor, en cuanto sujeto cuya libertad de elección racional se considere un factor de regulación del mercado. Por ejemplo, se protege al consumidor frente a actos de confusión o engaño, porque

²² No comporta ninguna consecuencia práctica la mención separada del Derecho mercantil, de un lado, y de la legislación de defensa de la leal competencia, de otro. La segunda no se corresponde con un título competencial autónomo del Estado distinto de la propia competencia sobre Derecho mercantil del art. 149.1.6ª CE. V. sin embargo, el FJ 4ºA de la STC 264/1993, donde se dice que la competencia estatal sobre defensa de la competencia resulta de la cláusula residual del art. 149.3 CE.

merced a esta protección se tutela la competencia leal entre empresarios concurrentes.

B) La protección *vertical* del consumidor es derecho de consumo, aunque este fin último se quiera conseguir a través de la tutela de los empresarios. Se dirá, por ejemplo, que el legislador protege a los empresarios frente a la venta a pérdida realizada por un competidor como medio para proteger a los consumidores frente a prácticas de confusión o engaño.

Este criterio de selección finalista no es nada seguro. Lo prueba la relativa arbitrariedad de su aplicación en los casos resueltos. Con fundamento en este criterio del fin preponderante se declara la *inconstitucionalidad de la regulación catalana que prohíbe o limita la venta a pérdida* (habrá que considerar que también lo será la prohibición canaria del art. 32.1 de la Ley 4/1994, y el núm. 2º del precepto, en cuanto viene a reproducir normas de competencia estatal), así como la fijación autonómica de periodos fijos para la práctica de rebajas (STC 88/1986, FJ 8ºd y e), igualmente declarada inconstitucional en su regulación vasca (STC 148/1992; regulación que, por cierto, ha vuelto a reiterarse en el art. 24.1 de la Ley 4/1994, con el matiz de que lo que se limita es la "publicidad" de esta práctica comercial, que sólo podrá realizarse en dos periodos anuales, con una duración máxima de dos meses por temporada); pero, al contrario, y sin que se adivine un fundamento claro para ello, se considera que en la reglamentación de las ventas en liquidación el objetivo preponderante lo constituye el interés de los consumidores (STC 88/1986, FJ 8ºf). Lo mismo se puede decir del juicio salomónico por el que se acaba resolviendo la *constitucionalidad de la regulación aragonesa de la venta a pérdida en la STC 264/1993: se reputa inconstitucional la prohibición autonómica de esta venta, como desleal, cuando su práctica tienda a la eliminación de un competidor; pero si el diseño de la venta a pérdida es inducir a error a los consumidores sobre los precios de otros productos, se considera cubierta por el título de defensa de los consumidores. Este título ampara también la prohibición de prácticas de envíos no solicitados o la prohibición de ventas en cadena o sistema de "bola de nieve" (FJ 4º). Parecidamente se resuelve en la STC 228/1993: Galicia tiene competencia para regular las ventas de saldo y liquidación, pero no puede imponer determinaciones temporales imperativas a las prácticas de venta (FJ 6º).*

Es claro que con ambos títulos se puede restringir la libertad comercial de los operadores económicos, de manera que no tiene sentido justificar después la inconstitucionalidad de una regulación auto-

nómica limitativa con el fundamento de que restringe el libre ejercicio de la actividad comercial, como hace la STC 88/1986 (FJ 8ºd).

Pues bien, la aceptación por parte del Tribunal Constitucional de dos conjuntos normativos diferenciables en función del objeto de protección no se corresponde con la concepción actual del Derecho de la competencia español, a la luz de lo que resulta de la Ley de Competencia Desleal. No es cierto que el Derecho de la competencia tenga por objeto la protección corporativa de los empresarios frente a actos concurrentes que deban juzgarse incorrectos conforme a los usos del mercado. El objeto de protección del Derecho de la competencia es la corrección de la competencia como institución, al servicio de todos los que se hallan implicados en ella: empresarios, consumidores y colectividad en general. Es ésta la razón por la que los arts. 18 y 19 LCD confieren a las asociaciones de consumidores legitimación propia, en defensa de los intereses específicos de los colectivos a quienes representan, y no como agentes fiduciarios o delegados de intereses de los empresarios concurrentes en el mercado. El Derecho público y privado de la competencia protegen, entre otros, el interés de los consumidores a través de la protección de la competencia, en la que la colectividad entera se halla interesada. De ahí que en numerosos casos el ilícito competencial se defina en la Ley a través de descripciones en las que es decisivo el daño que la práctica en cuestión pueda producir en los intereses y derechos de los consumidores. Tómense como ejemplos las tipificaciones de ilícito de los arts. 6.2 (confusión), 7 (engaño), 8 (reclamos), 11.2 (imitación), 16.1 (discriminación del consumidor), 17.2.b (venta a pérdida). En estos casos la protección del consumidor es igualmente un instrumento de protección del resto de los concurrentes, que, por ello mismo, están legitimados para contestar judicialmente una práctica que, al lesionar los intereses legítimos de los consumidores, atenta del mismo modo a la igualdad de concurrencia leal entre competidores. Basta remitir a este respecto a la Exposición de Motivos de la Ley cuando se refiere a la protección de los consumidores como un "refuerzo" o "complemento" de la política de defensa de la competencia.

La correspondencia entre defensa del consumidor y defensa de la competencia se aprecia también en la Ley de Defensa de la Competencia. Una de las razones para autorizar una práctica colusoria, inicialmente prohibida por la Ley, aunque con reserva de dispensación, es la ventaja que de esta práctica puedan obtener los consumidores (art. 3.1.a). En esto no se ha hecho otra cosa que seguir el modelo del Derecho comunitario (art. 85.3 del Tratado de Roma).

La regla del "objetivo preponderante" es desmentida en la propia praxis del Tribunal Constitucional, cuando se enfrenta al enjuiciamiento de una normativa autonómica que regula y restringe determinados tipos de ventas, con la finalidad preponderante de proteger a los consumidores adquirentes, pero a través de técnicas de Derecho privado; entonces el Tribunal declara la inconstitucionalidad "aunque su finalidad sea la protección del consumidor" (STC 62/1991). De esta doctrina resulta con claridad que la línea divisoria no se halla en la concurrencia entre defensa de la competencia-defensa del consumidor, pues ambas políticas son concurrentes, y pueden constituir ambas el fin de protección de la norma; la razón diferencial ha de hallarse en la persecución de una u otra finalidad (defensa de los consumidores o defensa de la competencia) con técnicas propias del Derecho público o del Derecho privado. Esto explica la racionalidad de la decisión contenida en la STC 264/1993, en lo que respecta a la competencia autonómica de redacción y aprobación de un Plan General para el equipamiento comercial. Las Comunidades Autónomas no invaden con ello la competencia estatal relativa a la defensa de la competencia, ni aunque se encuentre entre los objetivos de ese Plan la "protección de la competencia dentro de la defensa de la pequeña y mediana empresa"; pues, como advierte el Tribunal, sólo podría ser inconstitucional esta previsión una vez que se predeterminara en determinado sentido el contenido concreto de la directriz en cuestión, pero no por el hecho de perseguir un objetivo o finalidad determinada.

En resumen, el criterio de selección se encuentra en la instrumentación *técnica* a determinados fines, no en la *contrastación* de los fines que persigue la norma. No se pueden distribuir las materias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas según que el fin preponderante de la norma sea la protección de la competencia mercantil o la protección de los consumidores. Las finalidades de las normas o sus objetivos, en este ámbito, son fungibles, recíprocamente instrumentales e intercambiables. Y si el bien jurídico protegido por la sanción administrativa es tanto la leal competencia como la defensa de los consumidores, supone una contradicción valorativa carente de justificación el hecho de que una conducta lícita en el Derecho de la competencia sea ilícita por contravenir el fin de protección de los consumidores ²³.

²³ Con el ejemplo de la venta a pérdida, v. TRONCOSO Y REIGADA, *La Ley*, 21-X-1994, p. 5.

C) *El principio de unidad de mercado.*

1. Su alcance como título competencial

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de aclarar que el art. 139.2 CE no contiene una distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino un límite a toda competencia (SSTC 1/1982, 87/1987, 52/1988). En concreto, no es un título competencial en cuya virtud pueda reservarse el Estado la facultad de “preservar la libre circulación de bienes en el territorio nacional” (STC 95/1984, FJ 7º). A pesar de este carácter neutral de la regla, sin embargo es evidente que su potencial limitador será más intenso en relación con la normativa autonómica. Desde el momento en que una regulación autonómica pretenda reglamentar el comercio de bienes y servicios mediante la instauración de condiciones, requisitos y prohibiciones de intercambio, esta regulación está, siquiera sea de modo indirecto, creando una barrera en el mercado interior, en la medida en que dificulta que los bienes y servicios que provienen del ámbito externo a esta Comunidad puedan circular con el solo cumplimiento de las reglas o condiciones de comercialización impuestas a nivel general o en el propio territorio desde el que se practica el intercambio o tráfico del producto ²⁴.

²⁴ El límite a la posibilidad de una regulación particular de origen autonómico no sólo proviene de las competencias estatales, sino de los compromisos que el Estado tiene contraídos en su conjunto con la Unión Europea, y que derivan del principio de libre circulación de mercancías del art. 30 del Tratado de Roma. Como sea aprecia en la lectura de la Directiva 92/59 (Seguridad General de los Productos), lo que preocupa a las autoridades comunitarias es la posible creación de barreras interiores amparadas en la política nacional (o regional, en nuestro caso) de protección del consumidor. De ahí que el Derecho comunitario pretenda en estos casos que cada uno de los Estados miembros se abstenga de imponer condiciones de comercialización suplementarias a las exigidas en el Estado de procedencia del producto. Y exija igualmente a los Estados que las medidas que adopten en defensa de la seguridad de los consumidores, pero que afecten a la comercialización de productos en el ámbito del mercado europeo o una parte de él, sean puestas en conocimiento inmediato de la Comisión. De la misma forma que se entiende en el seno de esta preocupación la razón de por qué la Directiva concede poderes extraordinarios a la Comisión para imponer medidas en defensa de la seguridad, que se imponen a las autoridades nacionales y obligan a éstas a su trasposición.

2. La ponderación entre unidad interior y autonomía

Expuesto en los términos que acabamos de adelantar, el problema parecería insoluble. En efecto, el art. 139.2 CE se traduciría de hecho en la imposibilidad de que una Comunidad Autónoma pudiera hacer uso de su competencia cuando el resultado de aquél fuera la creación de una barrera en el mercado interior o de un obstáculo que dificultara el intercambio o que lo hiciera no uniforme para los distintos operadores en el mercado.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que si una norma es de indiscutible competencia autonómica, no se puede contrarrestar o anular el efecto que se sigue de su aplicación en aras de un principio de unidad de mercado que no se compadece con la forma compleja de nuestro Estado (STC 87/1987). La existencia de un único orden económico en un mercado nacional no excluye la existencia de la diversidad jurídica que resulta del ejercicio por los órganos autonómicos de competencias normativas sobre un sector económico cuando éstas hayan sido asumidas en el Estatuto de Autonomía (STC 225/1993). Esta doctrina es ajustada al *principio de efectividad de las competencias*, que impide negársela a una Comunidad Autónoma cuando está claramente atribuida en su Estatuto (v. también la STC 52/1988).

En estos términos, la concurrencia ya no puede resolverse en función de reglas de aplicación abstracta, y será preciso una *labor de ponderación caso por caso* para fijar los límites que el principio de unidad de mercado impone al ejercicio autonómico de competencias que se proyectan sobre la reglamentación del mercado.

El Tribunal Constitucional se ha servido de dos mecanismos a través de los cuales realizar la ponderación. El primero consiste en el enjuiciamiento de los *niveles de incidencia* de la regulación autonómica. El segundo, en la elaboración de subreglas más específicas que las contenidas en el art. 139.2 CE.

El primer mecanismo de ponderación consiste en postular la diferencia entre la *incidencia* y la *obstaculización* del mercado (cfr. SSTC 37/1981 y 64/1990). Este test es de escasa utilidad. Sustituye la necesaria ponderación entre unidad y autonomía por otra no menos huidiza entre obstaculizar e impedir, lo que remite a nuevos niveles y criterios de ponderación suplementarios.

El segundo mecanismo consiste en la elaboración de diversos test de concreción del principio de unidad en subreglas. Estas subreglas —por lo demás, profusamente utilizadas por el Tribunal Constitucional en ámbitos distintos al presente— son las siguientes:

a) *El test de proporcionalidad*

Según éste, la norma autonómica no respeta el mandato del art. 139.2 CE cuando no existe proporción entre el fin constitucionalmente lícito y la medida obstaculizadora del mercado (SSTC 37/1981, 88/1986, 87/1987, 64/1990). Esta regla es también utilizada por la jurisprudencia comunitaria en el ámbito de aplicación de los arts. 30 y 36 del Tratado de Roma. Utilizando la versión comunitaria de la misma, más desarrollada que la del Tribunal Constitucional, podremos decir que una medida autonómica es contraria al principio de libre circulación cuando la medida obstaculizadora no esté justificada por el fin *legítimo* perseguido o cuando entre la medida y el fin no exista proporcionalidad, por poderse asegurar el cumplimiento del fin con una medida menos gravosa para el libre intercambio en el mercado interior (cfr. la exposición de esta regla en la famosa sentencia de *Cassis de Dijon*, As. 120/78, *Rec.* 1979, p. 649; apuntada ya en la sentencia *Dasonville*, sentencia de 11 de julio de 1974, As. 8/74, *Rec.* 1974, p. 837)²⁵.

Este test padece de una laguna difícil de colmar, lo que impide que sea utilizado con exclusividad. Se trata de que con el mismo no es posible determinar cuándo una Comunidad Autónoma persigue un fin

²⁵ En aplicación de la misma, en el asunto *GB-INMO-BM* (As. 362/88, sentencia de 7 de marzo de 1990, *Rec.* 1990, p. I-667), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entendió que la libertad de los consumidores queda comprometida cuando se les niega el acceso a una publicidad sobre rebajas, pues sería contraria a estos intereses una norma nacional que, bajo el pretexto de defenderlos, prohibiera la publicidad sobre rebajas, cuando esta publicidad sea veraz.

En el asunto *Yves Rocher* (As. 126/91, sentencia de 18 de mayo de 1993), el Tribunal considera contrario al art. 30 del Tratado de Roma, por restringir el intercambio comunitario, el precepto de un Estado miembro (Alemania) que prohíbe a una empresa domiciliada en este Estado que vende por correspondencia, mediante catálogo, mercancías importadas de otro Estado miembro, practicar una publicidad basada en los precios en la que, destacando a la vista el nuevo precio, se mencione el precio más elevado anterior. Se rechaza que la protección de los consumidores exija una restricción tan intensa a la libertad de empresa, poniéndose de manifiesto que, para evitar el engaño al comprador, existen otros medios menos drásticos. Se trata, según el Tribunal, de una *medida de efecto equivalente* a una restricción a la importación, prohibida por el art. 30 del Tratado, que, aun con la pretensión de haberse instaurado en beneficio de los consumidores, excede este objetivo de protección, consiguiendo incluso resultados contraproducentes, pues la publicidad prohibida no es sólo la engañosa, sino la misma publicidad veraz, que nunca puede estimarse que perjudique a los consumidores. V. también el As. 382/87 (*Rec.* 1989, p. 1235): no es contraria al art. 30 la prohibición francesa de negociar a domicilio productos pedagógicos, pues, dada la naturaleza del producto, la finalidad de protección a los consumidores no quedaría satisfecha con la sola concesión de un derecho de revocación.

constitucionalmente legítimo. Es decir, el Tribunal Constitucional sitúa la aplicación del art. 139.2 CE en el terreno de la aplicación de los medios, pero no en el terreno de la selección y control de los fines perseguibles, que es, seguramente, donde la regla constitucional encuentra su máxima virtualidad. Es este control de objetivos el que puede decir hasta qué punto es aceptable un sacrificio de la unidad de mercado.

b) *La igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos*

De acuerdo con este test, el art. 149.1.1^a CE sería un principio, del cual la unidad de mercado aparece como una concreción; o bien aquel precepto se configura por sí mismo como límite a la posibilidad de reglamentaciones diferenciadoras. De acuerdo con ambas ideas —que no aparecen debidamente delimitadas en la jurisprudencia constitucional— la posibilidad de reglamentaciones que impongan obstáculos al libre comercio de bienes o servicios excederán del ámbito autonómico cuando comporten desigualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales por los españoles (v. SSTC 37/1981, 32/1983, 88/1986, 87/1987, 64/1990, 62/1991).

Tampoco este test se halla exento de dudas. En primer lugar, porque el art. 149.1.1^a CE no es un límite al ejercicio de sus competencias por las Comunidades Autónomas, sino un título competencial propio del Estado que permite a éste regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos fundamentales. Se trataría, pues, de una *competencia de armonización*, pero no de una imposibilidad por parte de las Comunidades Autónomas de regular ciertos ámbitos de la realidad social. Es decir, el art. 149.1.1^a CE no impide que las Comunidades autónomas legislen, sino que permite que el Estado armonice dicha legislación. Hay que observar al respecto que —a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en Derecho Comunitario, a resultas del art. 100.A del Tratado— no se supone en la norma constitucional que la competencia estatal sea una competencia de cierre, de tal forma que, una vez ejercitada, precluyera la posibilidad de que las Comunidades Autónomas produjeran una norma propia en el mismo sector.

En segundo lugar se encuentra la dificultad misma de aprehender el alcance de esta igualdad básica.

Esto conduce a que el principio de unidad de mercado sea una regla de uso incierto y de resultados poco contrastables en la generalidad de los casos.

3. La limitada aplicabilidad del principio de unidad de mercado en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las regulaciones sobre las modalidades de venta

En realidad, las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas autonómicas sobre las modalidades de venta no se han fundado nunca en la trasgresión del principio de unidad de mercado. El Tribunal Constitucional ha declarado que la diversidad de regulaciones sobre las modalidades de venta no supone necesariamente una fragmentación inconstitucional del mercado nacional (SSTC 88/1986, FJ 7º; 62/1991). Esta afirmación es absolutamente correcta, y no sólo porque la reglamentación divergente pueda ser proporcionada o porque no introduzca una desigualdad de condiciones básicas de ejercicio de la actividad comercial, sino porque no toda regulación de la actividad comercial amenaza de igual modo la unidad de mercado.

En efecto: cuando la reglamentación afecta a productos (por ejemplo, etiquetado, envasado, etc.) no puede ser adoptada por una Comunidad Autónoma salvo que se aplique a productos producidos en dicha Comunidad, y siempre que su exigencia no resulte desproporcionada, hasta el punto de desequilibrar la relación de igualdad de concurrencia entre todos los competidores en el mercado nacional (cfr. SSTC 37/1981; 71/1982, FJ 9º; 48/1988, FJ 4º; 53/1988, FJ 1º).

Así, es ilícita la prohibición autonómica de circulación de productos que impliquen riesgos para la salud, sin que tal medida se concrete a los productos cuyo proceso de fabricación esté sometido a la competencia de la Comunidad Autónoma (STC 71/1982, FJ 9º). Será, por el contrario, constitucional la norma autonómica que restringe tan sólo el tráfico vinculado al comercio que tenga lugar en el ámbito regional (cfr. STC 37/1981).

Mayor amplitud existe cuando la reglamentación no versa sobre productos, sino sobre instalaciones o establecimientos empresariales. Es perfectamente admisible el desarrollo autonómico en lo que respecta a reglamentaciones sanitarias e higiénicas de establecimientos de producción y venta. Igualmente, la unidad de mercado no exige un régimen monolítico en materia de grandes superficies comerciales (STC 227/1993), ni tampoco la diversidad de horarios comerciales es discriminatoria o rompe la unidad de mercado (STC 225/1993).

Tal diferenciación ha sido aplicada también por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: no se opone al art. 30 del Tratado de Roma la normativa nacional que prohíbe de modo general la reventa a pérdida, siempre que aquélla sea indistintamente aplicable a

los productos nacionales y a los procedentes de otros Estados miembros (sentencia de 24 de noviembre de 1993, Ass. 267/91 y 268/91)²⁶, sin embargo, las reglamentaciones nacionales relativas a los requisitos que deben cumplir las mercancías están sometidas al rígido escrutinio de validez que resulta de las reglas *Dasonville* y *Cassis de Dijon*.

La razón que justifica tal diversidad en el enjuiciamiento de las diferentes reglamentaciones sobre la actividad comercial, reposa en el hecho de que el objeto regulado constituya o no *capital circulante* dentro de un ciclo de comercialización en el mercado interno. Se explica con ello, por ejemplo, la diferencia entre productos y establecimientos a efectos del Registro General Sanitario (RD 1712/1991): la autorización sanitaria de funcionamiento de industrias o establecimientos corresponde a las Comunidades Autónomas, y será previa a la inscripción del producto en el Registro estatal.

De esta forma, las reglamentaciones de la actividad comercial sólo supondrán una restricción que fragmente el mercado nacional cuando afecten a capital circulante dentro del mercado nacional. En otro caso, la unidad de mercado queda salvaguardada por el hecho de que las reglas del juego son idénticas para todos los oferentes, de tal forma que ninguno pierde cuota de mercado. Esta segunda circunstancia concurre de modo general en la regulación de las modalidades de venta. Sólo hay que excepcionar la regulación relativa a las ventas fuera de establecimiento: al oferente que ingresa en el mercado nacional no se le puede exigir el cumplimiento de normativas diversas en función de la localización del potencial comprador del producto. En este caso, el capital puesto por el oferente en el ciclo de comercialización sí que circula en todo el mercado interior. Por el contrario, no infringirá el principio de unidad de mercado una reglamentación autonómica de la venta a distancia que se aplique sólo a los oferentes ubicados en el territorio afectado por la regulación, y cuando la oferta se proyecte exclusivamente sobre tal territorio (v. el art. 28.3 de la Ley canaria 4/1994).

En definitiva, la no afectación del tráfico estatal salvaría la medida autonómica del reproche derivado del art. 139.2 CE. Ello no quiere decir que la medida no pueda ser inconstitucional por razones materiales, por ejemplo, por infringir el art. 38 CE. Por último, hay que señalar que, exceptuadas las competencias estatales identificadas por el empleo de una técnica de regulación de Derecho privado, o las

²⁶ Cfr. sobre otros extremos, PALACIO GONZALEZ, "Los hipermercados y el Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CEE*, serie D, GJ 127, D. 20, pp. 33-35.

intervenciones amparables en la competencia sobre defensa de la competencia, la barrera normativa de las Comunidades Autónomas viene en todo caso constituida por la unidad de mercado y por los límites impuestos por el art. 149.1.13ª CE, que veremos a continuación.

D) La competencia estatal en la planificación de la economía nacional

1. Concepto y alcance de bases y coordinación de la economía

El art. 149.1.13ª CE reserva al Estado la competencia sobre “bases y coordinación de la planificación de la actividad económica”. El concepto de “bases” a que se refiere este precepto no es idéntico al que utiliza la propia Constitución en otros lugares de los arts. 148 y 149. En el precepto ahora comentado, *bases* no hace referencia a la regulación nuclear de una institución, cuyo *desarrollo* correspondería a las Comunidades Autónomas. La interpretación que hace el Tribunal Constitucional de la norma de referencia no pasa por una concepción verticalmente articulada de las bases, que distribuyera la materia regulable según el grado de principalidad de sus aspectos relevantes. Para el Tribunal es una *determinada materia económica* la que se reserva como básica al Estado, y no la *regulación nuclear de la materia económica*. Basta que, en el entender de la jurisprudencia constitucional, un determinado sector sea básico por razones materiales (en el sentido que a continuación expondremos), para que el Estado extienda sobre él su competencia.

En este concepto de bases en sentido de *materia regulable importante*, el alcance de la competencia estatal se viene concibiendo como exclusiva, incluyendo la potestad de dictar normas concretas y regulación de detalle, hasta el punto de no dejar espacio normativo alguno sobre el que pudiera proyectarse una eventual competencia de desarrollo autonómico (cfr. STC 26/1986, FJ 4º).

Queda con esto justificado que las medidas concretas y de detalle, e incluso las facultades de ejecución material, pueden ser calificadas como *básicas* en el sentido del precepto, pues el sentido de este concepto no es correspondiente a medida general o regulación nuclear, sino a importancia de la materia sobre la que se regula (SSTC 32/1983, 29/1986, 59/1990). Es importante constatar que el Tribunal Constitucional no ha reconducido esta competencia a la potestad de planificación estatal a que se refiere el art. 131 CE. El Estado puede, pues, ordenar globalmente la economía sin necesidad de recurrir a una *planificación económica*.

Se explica entonces una doctrina jurisprudencial que de hecho ha venido utilizando el art. 149.1.13ª CE de una forma tal que prácticamente se pone en manos del Estado la competencia exclusiva para regular parcelas económicas que el propio Estado considera importantes para el país en su conjunto, sin considerar si esta competencia se ejercita o no en la persecución de fines que, en el reparto competencial, corresponden a las Comunidades Autónomas. Se sostiene, de esta forma, que el Estado define los objetivos de política económica y las líneas de actuación tendentes a alcanzarlo, y adopta las medidas necesarias para la realización de aquéllos (STC 132/1988, 186/1988, 96/1990).

El fundamento de esta extensión competencial se quiere hallar en el *principio de unidad económica* (el art. 2 CE establece el principio de unidad, que se proyecta en la esfera económica, STC 1/1982, FJ 1º). Y la atribución y ejercicio de esta competencia sólo está sometida a la condición de que sea precisa la acción unitaria en el conjunto del Estado, por la necesidad de asegurar un tratamiento uniforme a determinados problemas económicos, y siempre que la coherencia de la política económica global exija decisiones unitarias y no pueda articularse sin riesgo para la unidad del Estado (STC 28/1986, FJ 4º). En el mismo sentido, SSTC 152/1988, 186/1988 y 96/1990.

Ello supone configurar el art. 149.1.13ª CE como una auténtica *competencia general*, que se solapa con las que pudieran tener al respecto las Comunidades Autónomas, las cuales claudicarán ante el ejercicio de la competencia estatal. Lo que es tanto más singular cuanto que es el propio Estado el que define en gran medida los objetivos de política económica global que debe perseguir. Esto acaba suponiendo, de suyo, que es el propio Estado el que sustancialmente viene a decidir en cada caso cuál es su competencia en el orden económico (véanse al respecto las SSTC 186/1988 y 225/1993). De esta forma, la definición de objetivos por parte del Estado se traduce en una apropiación competencial de los medios para conseguirlos, como si de hecho se estuviera aplicando una regla en cuya virtud el Estado dispone de todas las *competencias implícitas* necesarias para la realización de objetivos globales, aunque no estén enumeradas entre las competencias reservadas del art. 149 CE.

Podemos resumir diciendo que la jurisprudencia constitucional —quizá porque ello esté en la naturaleza de las cosas y derive sin más de la propia lógica del poder estatal— ha convertido el art. 149.1.13ª CE en una *competencia de resultados*, para cuya consecución se entiende implícitamente apoderado el Estado con todas las competencias instrumentales precisas. Y ello en lugar de concebir el precepto en cues-

tión como lo que realmente es a la luz de una interpretación literal de la norma constitucional: como una competencia *instrumental* más, junto a otras, de ordenación de la actividad económica, y caracterizada frente a otras competencias instrumentales por el hecho de afectar a la realidad económica mediante la determinación de las bases y la coordinación de tal actividad.

2. Límites constitucionales al ejercicio de la competencia

El control que ejerce el Tribunal Constitucional sobre la aplicación de este título ha sido hasta la fecha bastante difuso. Como resulta que las competencias instrumentales se encuentran implícitas en la definición de los fines perseguibles, el eventual control jurisprudencial se cifra en la legitimidad del fin alegado y en la suficiencia de este fin para justificar la necesidad de aplicar en su consecución una política económica global homogénea.

Para que se entienda atribuida la competencia no basta la simple utilidad del establecimiento de la medida (STC 75/1989), ni que dicha medida tenga algún efecto sobre la economía o sobre el sistema productivo (STC 192/1990). También es preciso considerar la correspondencia de la medida en cuestión con el fin que justifica la intervención (STC 225/1993). En la STC 26/1986 se propuso otro límite al ejercicio de esta competencia, límite del que, al parecer, después no se ha hecho el uso que prometía; se establece en dicha resolución, aunque, en verdad, casi de paso, una especie de *principio de subsidiariedad* de dicha competencia, que sólo podrá ser actuada cuando la finalidad económica homogénea no pueda ser conseguida con la regulación básica (en el sentido propio del término) o a través de medidas de coordinación.

Los términos con los que el Tribunal Constitucional quiere delimitar la competencia estatal son excesivamente inaprehensibles. Hasta el presente se puede presentir que el Tribunal actúa bajo la consideración de que los fines económicos deben ser "significativos", aunque todavía no ha formulado una regla en este sentido, susceptible de operar un *control de los objetivos económicos* asumibles por el Estado. Esto es importante, porque la declaración de inconstitucionalidad que ha recaído sobre la regulación de las Comunidades Autónomas en materia de horarios de establecimientos comerciales ha sido propiciada precisamente porque el Tribunal Constitucional no se ha planteado seriamente cuáles son los límites admisibles en la asunción estatal de los objetivos económicos. En el caso resuelto por la STC 225/1993 y las

que han seguido en este sentido (SSTC 227/1993, 264/1993 y 284/1993), el Tribunal asume de manera bastante acrítica que el establecimiento de un régimen de horarios es un objetivo suficiente para justificar una intervención estatal en orden a imponer una política económica ante la que claudican las competencias autonómicas sobre comercio interior. En último extremo queda por justificar por qué son de más peso en este caso los objetivos de política económica alegados por el Estado que los objetivos de salvaguardia de las estructuras comerciales tradicionales, alegados por las Comunidades Autónomas.

E) Tres apuntes sobre la distribución competencial en la proposición de Ley de Comercio

Como indicamos al inicio del trabajo, las dos proposiciones de Ley diseñaban una regulación del comercio interior que se decía supletoria en todos sus contenidos de las reglamentaciones autonómicas. Lo cierto es, sin embargo, que ambas contenían preceptos que debían ser de aplicación directa por versar sobre materias reservadas exclusivamente al Estado ²⁷. En todo caso, las dos proposiciones han perdido interés. Una por haber sido rechazada (la de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya), y la otra (la de CiU) por el hecho de que las enmiendas presentadas por el Grupo Socialista (núms. 146-226) y CiU (núms. 406-488), constituyen de hecho una nueva propuesta de Ley sobre comercio interior ²⁸.

Básicamente, los dos nuevos bloques de enmiendas difieren tan sólo en lo relativo a horarios comerciales, tema en el que CiU propone una regulación similar a la contenida en el RD-L 22/1993 (enmienda núm. 423), mientras que el Grupo Socialista pretende la reinstauración del sistema de libertad de horarios del RD-L 2/1985 (enmienda núm. 163). Tal semejanza hace que los defectos que vamos a señalar sean predicables de ambas propuestas. Las incorrecciones pueden ser agrupadas de la forma siguiente:

A) Existen previsiones que se dicen supletorias, cuando lo cierto es

²⁷ Por mencionar algún ejemplo, v. los arts. 56.4, 68.e (cfr. art. 149.1.8ª CE), 22, 47, 55.6 a y b, 78 (cfr. art. 149.1.6ª CE) de la de Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya, y también los arts. 3 (cfr. art. 149.1.6ª CE), 31, 83.2, 92-95 (cfr. art. 149.1.8ª CE) de la de CiU.

²⁸ Un estudio de la misma puede verse en MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ/CALONGE VELAZQUEZ/LAGUNA DE PAZ/GARCIA DE COCA, *Informes. La proposición de Ley de Comercio*.

que deberían ser de aplicación directa por regular materias reservadas a la titularidad estatal. Señalaremos tan sólo las más evidentes:

- Es absurdo que la determinación temporal en la que es admisible la venta en rebajas (art. 25) sea Derecho de la competencia, mientras que la previsión que impone una duración máxima para la venta en liquidación sea una norma supletoria (art. 31.1). Evidentemente, las dos previsiones constituyen Derecho de la competencia. En realidad los proponentes no han hecho otra cosa que reiterar la igualmente injustificable diferenciación contenida en la STC 88/1986.
- Por lo que se refiere a las normas que definen las distintas prácticas o modalidades de venta comercial, la exclusividad estatal a la hora de reglamentar estas definiciones sólo existe en cuanto que de las mismas pudieran derivarse consecuencias en el ámbito del Derecho privado. Las Comunidades Autónomas no quedarían constreñidas sin más por estas definiciones a la hora de reglamentar su propio Derecho sancionador de disciplina de mercado. Por ello no se comprende el carácter directo de la previsión que define la venta de saldos (art. 28), porque de tal calificación no se sigue ninguna consecuencia jurídico privada en los siguientes preceptos, ni tampoco el carácter supletorio de la definición de ventas con obsequio (art. 32), o de las ventas en promoción (art. 27), cuando resulta que a ambas modalidades de venta se les aplica el art. 33, que determina consecuencias jurídico privadas de tales calificaciones. Lo mismo se puede decir de la supletoriedad de los arts. 36 y 38 (este último tan sólo es supletorio en la propuesta del Grupo Socialista).
- No se adivina tampoco por qué razón el principio de unidad de mercado no exige una regulación unitaria de las previsiones aplicables a todas las modalidades y prácticas de venta (v. por ejemplo, los arts. 34 y 35). Es particularmente criticable que no se prevea la aplicación general de todos los preceptos destinados a las ventas a distancia (arts. 38 y ss.). Aparte de que algunas de estas previsiones contienen una reglamentación jurídico privada de tales ventas (v. por ejemplo, el art. 43, sobre el plazo de entrega y pago).
- La previsión que obliga a cumplir las ofertas de venta hechas al público (art. 9.1) constituye Derecho privado de la contratación.
- Es Derecho de la competencia la previsión del art. 9.2, que prohíbe limitar el número de unidades susceptibles de ser adquiri-

das por cada consumidor y también la concesión de incentivos para las compras que superen un determinado volumen.

B) El segundo defecto de la nueva propuesta sobre comercio interior es que algunas de sus previsiones son difícilmente compatibles con otras normas vigentes:

- Por ejemplo, el art. 10, sobre el derecho de desistimiento, determina que el comprador no estará obligado a indemnizar al vendedor por el deterioro debido al uso normal del producto, necesario para tomar una decisión sobre su adquisición. ¿Cómo se conjuga esta previsión con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley de Crédito al Consumo?
- ¿Cómo se coordinará la previsión que prohíbe la venta a pérdida con el art. 17 LCD? Obsérvese además que el art. 14 de la nueva propuesta determina la aplicación directa del precepto por la reserva estatal sobre Derecho de la competencia.

C) Por último, carece de justificación que las determinaciones temporales aplicables a las garantías de los bienes de consumo y a la obligación de mantener un servicio postventa (art. 12) se contengan en una Ley de Comercio, y no se reforme el art. 11 LGDCU. Además, parte de estas previsiones son absolutamente inútiles, porque no introducen ninguna novedad con respecto a lo dispuesto en los arts. 1.490 CC y 342 CCo.

III. LA COMPETENCIA LOCAL EN LA REGULACION DE LAS MODALIDADES DE VENTA

La intervención municipal en la actividad comercial puede producirse desde diversos frentes: ordenación urbanística (vgr. licencias municipales), seguridad en lugares públicos, salubridad pública, defensa de consumidores y usuarios, etc. Tales "materias" son potencialmente aptas para fundar la producción de una reglamentación local que determine, por ejemplo, la regulación de la venta ambulante en el término municipal, o el régimen de reservas de suelo para el establecimiento de grandes superficies. El problema a dilucidar es en qué medida las competencias municipales sobre la actividad comercial pueden ser mermadas o suprimidas cuando la Comunidad Autónoma correspondiente ejercite una competencia que "concurra" con la local.

Y no sólo eso, se trata también de determinar si el ámbito de la competencia local constituye tan sólo un círculo dentro del espacio competencial autonómico, o si, además, las Corporaciones locales son competentes para producir una reglamentación que anteceda a la regulación estatal (o que la reproduzca) en materias reservadas al Estado por el art. 149.1 CE. Por ejemplo: como realización de algunos *intereses* —en el sentido del art. 137 CE— de los entes locales fijados en la LBRL y en ciertas legislaciones sectoriales (vgr. defensa de los consumidores, control sanitario de la comercialización de productos para el consumo humano, v. arts. 25.2.g y h LBRL, 42.3.d de la Ley General de Sanidad, 41 LGDCU), ¿pueden los Ayuntamientos disponer una reglamentación que determine la nulidad de los contratos que, celebrados en el Municipio, versen sobre productos insalubres? ¿Sería lícita una Ordenanza que determinase la responsabilidad civil del vendedor por los daños causados por el producto defectuoso? ¿Podría un Ayuntamiento dictar una Ordenanza que dispusiese el derecho del comprador a resolver el contrato durante quince días y que obligase al vendedor ambulante a devolver el precio pagado? ¿Y una Ordenanza que determinase la obligación del vendedor de mantener las ofertas de venta durante un tiempo mínimo? Si la respuesta a estas cuestiones es negativa —como intuitivamente parece serlo—, ¿cuáles son las razones que impiden la producción de una normativa local jurídico privada?

A) *El problema: la indefinición del acervo competencial local sobre la actividad comercial*

1. La garantía institucional de la autonomía local

La Constitución se limita a garantizar en el art. 137 la autonomía de los entes locales para la gestión de sus intereses respectivos. Tras ello, lo cierto es que el texto constitucional no determina esos intereses, ni asigna un contenido competencial mínimo. Ello supone que la concreción del principio de autonomía, esto es, la asignación de competencias a los entes locales, corresponde al legislador (cfr. SSTC 4/1981, FJ 3º; 32/1981, FJ 3º; 37/1981, FJ 1º; 84/1982, FJ 4º; 170/1989, FJ 9º).

La cuestión que el mimetismo constitucional obliga a resolver es triple: en primer lugar, se trata de determinar cuáles sean los *intereses respectivos* de las Corporaciones locales, para cuya gestión tales entes deberán contar con las *competencias* suficientes. Igualmente, habrá que resolver a qué legislador compete la fijación de tales intereses y del

acervo competencial local necesario para su realización. De todas ellas, por la ausencia de criterios constitucionales de decisión, la cuestión más delicada es la primera y, por conexión necesaria, la segunda.

Pues bien, la mayor dificultad proviene de la identificación de lo que sean esos "intereses respectivos" para cuya gestión el art. 137 CE garantiza la autonomía de las Corporaciones locales, garantía que, según jurisprudencia constitucional, no se traduce exclusivamente en una reserva de ley para la regulación de la materia, sino que existe un núcleo indisponible para el propio legislador, sea estatal o autonómico (cfr. SSTC 32/1981, FJ 5º; 170/1989, FJ 9º; 214/1989, FJ 4º; 148/1991, FJ 7º). Se viene considerando que por intereses respectivos no cabe entender una delimitación por razón de la materia de una esfera determinada de intereses que, por definición, se consideren como propiamente locales. Se dirá entonces que no hay intereses locales por razón de la materia y que todos los intereses públicos son susceptibles de convertirse en locales desde el momento en que se produce la afectación al interés de los ciudadanos considerados como miembros de una comunidad municipal. La consecuencia necesaria de tal planteamiento es entender que existe una reserva o garantía de intervención de los entes locales en todos los ámbitos que les interesen, y la consideración de que los propios entes locales no se encuentran constreñidos por una limitación de los fines que han de perseguir ²⁹. Se hablará entonces de una "competencia general de los municipios" referida a los "asuntos que afecten directamente al círculo de sus intereses" ³⁰.

Nótese que la justificación de tal competencia general es puramente tautológica, porque se sustituye la definición del "interés respectivo" por otra noción, igualmente inasible, que es la de "afectación del asunto al interés municipal", cuando, además, se parte de la doble premisa de que la simple proyección de un problema más allá de las fronteras municipales no convierte sin más el interés en supralocal ³¹, y de que, como se ha dicho, cualquier interés público es susceptible de ser, por ello mismo y a la vez, interés respectivo de las Corporaciones locales.

La falta de concreción reseñada es predicable también de la legislación básica sobre régimen local. El art. 2 LBRL establece que el legisla-

²⁹ Cfr. PAREJO, *Derecho básico de la Administración local*, pp. 137-139; idem, "La autonomía local", pp. 64-74; ORTEGA, *El régimen constitucional de las competencias locales*, pp. 38-41; idem, "Las competencias propias de las Corporaciones locales", p. 186.

³⁰ SOSA, "La autonomía local", pp. 3216-3217.

³¹ Así, SOSA, loc. cit.

sectorial debe asegurar a las entidades locales “su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses”. De igual modo se expresa el art. 25.1 LBRL, el cual añade otra dificultad, ya que su tenor literal circunscribe la gestión local de tales intereses al ámbito de las competencias municipales que, como veremos seguidamente, no resultan especificadas por norma alguna.

No obstante, el art. 25.2 LBRL sí que ha cristalizado en alguna medida la opción constitucional mediante la determinación de un mínimo asegurado a las entidades locales, como concreción de la garantía institucional del art. 137 CE, y que no puede ser desconocido por la legislación autonómica de desarrollo ni por la sectorial que, en el ámbito de sus competencias, produzcan el Estado y las Comunidades Autónomas³². Esto resulta peculiar, porque supone considerar que el art. 149.1.18^a CE faculta al Estado para disponer legítimamente de competencias —que, en muchos casos, no le corresponden— y asignarlas a las Corporaciones locales³³. No obstante, el Tribunal Constitucional ha determinado que tal solución es conforme a la Constitución si el legislador estatal se limita a *enumerar* las materias sobre las que las entidades locales deberán tener competencias, sin fijar detalladamente tales competencias (v. STC 32/1981, FJ 6^o y, particularmente, la STC 214/1989, FJ 3^o, sobre la LBRL; v. también MUÑOZ MACHADO, *Derecho público...*, II, p. 197). Esto es: el legislador estatal está legitimado para producir una regulación básica *ex art.* 149.1.18^a CE que fije los “intereses” de las Corporaciones locales, pero no puede concretar el grado de competencia, lo que corresponde al legislador sectorial.

2. El problema de las remisiones al vacío

Según hemos visto, la fijación de cuáles sean los intereses respectivos de las Corporaciones locales se ha realizado hasta ahora en cierta medida. Por el contrario, el mandato constitucional ha sido generalmente incumplido en lo que afecta a la determinación de las competencias locales. En ejecución del inespecífico mandato del art. 2 LBRL,

³² De esta forma, la imposibilidad de cristalizar definitivamente un régimen competencial sin referirse a la legislación sectorial, produce el resultado de que el régimen competencial de las entidades locales sea un sistema abierto en el que sólo se asegura a nivel básico la existencia de un mínimo indisponible. Esto es algo de lo que es consciente la propia Exposición de Motivos de la LBRL.

³³ Cfr. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público...*, II, pp. 190 y ss.

el art. 25.1 LBRL establece que el municipio puede, “para la gestión de sus respectivos intereses, y en el ámbito de sus competencias, promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”. Se declara aquí un derecho a perseguir cualesquiera fines, pero se limita la forma de hacerlo con la apelación a las “competencias”. Tampoco en el núm. 2º del precepto se procede a concretar estas competencias, sino que la norma se contenta con atribuir determinadas funciones “en todo caso”, pero “en los términos” de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. La lista que a continuación ofrece el precepto no es una lista de materias o competencias reservadas, sino de materias sobre las que “en todo caso” las entidades locales han de tener una competencia, que se determinará de acuerdo a la legislación sectorial estatal o autonómica. Entre ellas se recoge la ordenación urbanística y la defensa de los consumidores y usuarios.

La legislación de Régimen Local se pronuncia de la misma manera en otros lugares. Así, el art. 4.1 a) LBRL o el art. 55 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales en la materia de Régimen Local (RDLeg. 781/1986, de 18-IV). En ambos casos se reconoce la potestad reglamentaria de los entes locales, en forma de Ordenanzas y Bandos, pero se ciñe este reconocimiento a la esfera de las competencias propias, que en ningún sitio se definen.

La concreción del mandato constitucional se realiza, pues, en escasa medida. De esta garantía sólo queda en la Ley una lista de materias sobre las que la legislación sectorial (estatal o autonómica) debe decidir cuál es el grado de competencia que deja a las entidades locales.

Remisiones similares se contienen en las diversas legislaciones sectoriales cuando contemplan las “materias” sobre las que las Corporaciones locales ostentarán competencias. En el art. 42 de la Ley General de Sanidad se determinan las “responsabilidades mínimas” de los entes locales —entre las que se encuentra el control sanitario de la distribución, suministro y transporte de productos relacionados con el uso o consumo humanos (núm. 3º, letra dJ)—, disponiendo su núm. 1º que las Comunidades Autónomas deberán respetar tales responsabilidades, “de acuerdo con lo establecido en los Estatutos de Autonomía, la Ley de Régimen Local, y la presente Ley”.

Otro tanto sucede con la previsión del art. 41 LGDCU. El precepto atribuye a las Corporaciones locales una función de *promoción y desarrollo* de la protección de los consumidores. Pero ello se realiza “en el ámbito de sus respectivas competencias y de acuerdo con la legislación

estatal y, en su caso, autonómica". Esto supone que el legislador opera de nuevo por una remisión. La remisión en este punto se produce ahora a la legislación de régimen local, cuando acabamos de ver que la misma remite a la legislación sectorial. De tal forma es así que los *aspectos* a los que se refiere el art. 41 LGDCU, y sobre los que corresponde a los entes locales promover y desarrollar la protección, no han sido determinados aún por norma alguna.

A tenor de lo dispuesto en la LGDCU, parece poco lo que las Corporaciones locales pueden hacer por sí mismas en el ámbito de la reglamentación del comercio interior y la regulación de las prácticas comerciales. Estas funciones se resumen en la *inspección* en materia de precios, etiquetado, presentación y publicidad de productos y en el ejercicio de la actividad *sancionadora* en materia de consumo, en los términos recogidos actualmente por el RD 1945/1983 (v. art. 19.4 y 5 del RD citado y DA 5ª de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado, sobre fijación del límite máximo sancionador correspondiente a las Corporaciones locales en materia de consumo).

La mención del art. 41 LGDCU requiere una matización. Si se repara en el contenido de los núms. 2º y 3º del art. 41 LGDCU se apreciará que las competencias municipales allí contempladas son similares a las previstas en el art. 42.3.b y d de la LGS. Ahora bien, en la sentencia 15/1989, el Tribunal Constitucional determinó que el art. 41 LGDCU, que no podía ampararse en la competencia estatal del art. 149.1.18ª CE, carecía de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que ostentasen competencias en la materia de consumo (FJ 11º). La decisión es absurda si se tiene en cuenta que poco después, en la ya citada STC 214/1989, el Tribunal va a admitir la posibilidad de que se provea de competencias a los entes locales en la legislación básica sectorial. Bien es verdad que en la STC 15/1989, el Tribunal consideró que no existía una competencia estatal para la producción de la legislación básica en materia de consumo, lo cual es palmariamente cierto. Pero no es menos cierto que el Tribunal determinó que no pocos preceptos de la LGDCU eran de aplicación directa por considerarlos incluidos en la reserva estatal para el establecimiento de las bases de la sanidad. En realidad, la contradicción señalada es una prueba más de la inanidad de la competencia sobre defensa de los consumidores a la que nos referíamos al inicio de este estudio: la reglamentación estatal que no obliga a las Comunidades Autónomas desde la perspectiva de la competencia sobre consumo, va a ser de aplicación directa por dictarse al amparo de la reserva estatal del art. 149.1.16ª CE. Con todo, las Comunidades Autónomas que han asumido competencias de desarrollo en

materia de defensa de los consumidores se hallan investidas de facultades para completar y definir los contenidos del art. 41 LGDCU. Como decía la STC 15/1989 (aunque por referencia a las Comunidades Autónomas con competencia plena, que fueron las únicas que contestaron la constitucionalidad de la LGDCU), la remisión que hoy se contiene en el art. 25 LBRL no debe entenderse hecha a la legislación estatal, sino a la de la Comunidad Autónoma con competencias suficientes en materia de defensa de los consumidores.

3. Venta ambulante y licencias de apertura de establecimientos comerciales: de la exclusividad a la participación municipal

En la determinación de las competencias municipales sobre la actividad comercial, la tendencia general del legislador sectorial (autonómico) ha sido la de diluir la intensidad de la intervención local³⁴. Los ejemplos paradigmáticos de esta práctica los suministran las normas autonómicas sobre comercio interior que atribuyen a las Administraciones regionales la competencia para promulgar Ordenanzas-tipo en materia de venta ambulante, y también aquellas otras que imponen condicionamientos a la concesión de las licencias municipales de apertura de establecimientos comerciales.

Por lo que se refiere a la venta ambulante, hasta la llegada de las primeras normas autonómicas de ordenación del comercio, los Municipios estaban facultados para disponer sus propias Ordenanzas reguladoras de esta modalidad comercial, sin más condicionamientos que los establecidos en el RD 1010/1985, que, pese a diseñar una Ordenanza-tipo sobre venta ambulante, dejaba a los Ayuntamientos amplia libertad para la configuración de su propia reglamentación municipal. El abanico de regulaciones autonómicas de la venta ambulante oscila

³⁴ En algunos casos el legislador autonómico tampoco procede a la asignación de competencias a los entes locales (v. por ejemplo, los arts. 6-8 y 12 de la Ley andaluza 5/1985, donde las actuaciones se encomiendan a "los órganos competentes en materia de consumo" o, simplemente, a las "Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma"). A veces existe tan sólo una llamada a la coordinación de las actuaciones de sendas Administraciones territoriales (v., por ejemplo, los arts. 9.2 y 32 II la Ley 3/1995, de 9-III, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha, *DOCM*, 21-IV), con el reconocimiento de un amplio elenco competencial a las entidades locales (v. art. 38 de la Ley citada). Y en otros casos se encomienda a la Administración regional la coordinación de ciertas actuaciones: de las oficinas de información al consumidor (v. arts. 20 de la Ley andaluza 5/1985, 15 y 16 de la Ley valenciana 2/1987), de los laboratorios públicos con sede en la Comunidad (DA 1ª.1 de la Ley andaluza 5/1985), etc.

entre este modelo del RD 1010/1985 —supletorio de la eventual normativa autonómica sobre la materia (DF 1^a)³⁵—, esto es, de libertad casi absoluta de los Ayuntamientos para la configuración de sus Ordenanzas (por ejemplo, las leyes andaluza, 9/1988, gallega, 8/1988 y navarra, 13/1989), hasta aquellas otras que excluyen lugares de realización de tal modalidad de venta (arts. 17.3 y 26.1 II de la Ley aragonesa 9/1989; arts. 15 II y 17 de la Ley vasca 7/1994), o que limitan temporalmente los días semanales de ejercicio del comercio ambulante (art. 14.2 del DLeg. catalán 1/1993), o las que hacen ambas cosas (art. 23 de la Ley canaria 4/1994). Hasta ahora, y a la espera de la regulación en que se concreten ciertas previsiones habilitadoras de reglamentaciones autonómicas sobre la venta ambulante (v., por ejemplo, el art. 20.c de la Ley castellano-manchega 3/1995³⁶), la regulación autonómica más intensa de esta modalidad de venta proviene de la Comunidad Valenciana donde, además de excluirse lugares de realización de tal venta (art. 4.1 del D. 175/1989) y de limitarse el número de días semanales en los que la misma puede llevarse a cabo (art. 20.1.c.2 de la Ley 8/1986), se introduce la exigencia de que la creación de mercados de venta no sedentaria se acompañe del informe favorable de la Dirección General de Comercio de la Generalidad (art. 10.1 del D. 175/1989).

Otro ámbito en el que la intervención municipal ha padecido una erosión similar es el del urbanismo (vgr. licencias administrativas para instalación y apertura de establecimientos mercantiles), materia ésta que, pese a no guardar relación con las competencias municipales sobre las modalidades de venta, merece ser mencionada aquí por haberse dirimido precisamente en esta sede el alcance de la autonomía local en relación con las regulaciones autonómicas sobre la actividad comercial.

³⁵ Supletoria será también la propuesta regulación sobre la venta ambulante de la futura Ley estatal sobre comercio interior (arts. 53-55, enmiendas núms. 200-202 del Grupo Socialista y 461-463 de CiU; en éstas tan sólo se prevé la aplicación directa del art. 53).

³⁶ Por cierto, ¿podrá Castilla-La Mancha -como cualquiera de las otras Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE- desarrollar la previsión reseñada contando tan sólo con competencias de ejecución en materia de comercio? ¿O es que para esta Comunidad Autónoma el título relevante en la reglamentación de la venta ambulante es el de desarrollo en la defensa de los consumidores? ¿O bien, como motiva el Grupo Socialista en la enmienda núm. 201, la competencia de interés en la materia es la de desarrollo en régimen local? Por si alguno de éstos parece insuficiente, habrá que recordar que también se tiene competencia exclusiva sobre fomento del desarrollo económico de la región (art. 31.10 EA CLM) y competencia de desarrollo en la planificación de la actividad económica regional (art. 32.4 EA CLM).

La Ley del Suelo, que prevé la participación de las Corporaciones locales en la aprobación de los instrumentos de planificación urbanística, es supletoria porque la generalidad de las Comunidades Autónomas ostenta competencias exclusivas sobre urbanismo. Además, la instalación y edificación de centros comerciales están sujetas a licencia urbanística, como cualquier otro acto de uso del suelo (art. 242 LS). La competencia para el otorgamiento corresponde a las entidades locales, de acuerdo con la legislación específica aplicable (arts. 243 LS y 21.1 Ley 7/1985). La apertura de establecimientos comerciales está igualmente sujeta al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (Decreto 2414/1961, de 30-XI). La competencia para el otorgamiento de la licencia corresponde al Alcalde, mediante el procedimiento establecido en los arts. 29 y ss. del citado Reglamento.

Pues bien, uno de los contenidos comunes de las regulaciones autonómicas sobre ordenación del comercio viene constituido por las previsiones referidas a la licencia municipal correspondiente: se exige que las Ordenanzas Municipales se atengan a ciertos criterios (o se prevé la posibilidad de introducirlos: arts. 13 de la Ley vasca 7/1994, 16 de la Ley canaria 4/1994, 6.2 de la Ley gallega 10/1988, 13.3 de la Ley valenciana 8/1986), o la potestad de autorizar la apertura de grandes superficies comerciales se atribuye a los órganos autonómicos, o se determina que la concesión de licencias de apertura de establecimientos comerciales deba sujetarse al dictamen de una comisión regional (arts. 13 de la Ley vasca 7/1994, 14-16 de la Ley aragonesa 9/1989, 16-18 de la Ley canaria 4/1994, 6 y 7 de la Ley gallega 10/1988, 11, 13 y 17 de la Ley valenciana 8/1986).

Ante esta erosión de la competencia municipal, en los dos aspectos que acabamos de exponer, la pregunta es doble: en primer lugar, hay que justificar la legitimidad de estas regulaciones desde el punto de vista de la garantía institucional asegurada a los entes locales. En segundo lugar, y desde la misma perspectiva, habrá que preguntarse por los límites a los que puede llegar la reglamentación autonómica y consecuente merma de la intervención local. Con carácter general, el Tribunal Constitucional parte de la base de que el art. 137 CE exige un contenido inexcusable, cual es el reconocimiento de personalidad propia a los municipios (STC 84/1982, FJ 4º) y la asignación de unas competencias mínimas (STC 214/1989, FJ 4º). A partir de aquí, la diversidad de concreciones de la autonomía local que resulte de cada legislación sectorial, es perfectamente constitucional (cfr. STC 4/1981, FJ 3º). Esto es: la Constitución no impone un régimen monolítico en el tratamiento de los entes locales. Como ya indicamos ante-

riormente, este planteamiento no resuelve nada sobre cuál deba ser ese mínimo competencial: si cualquier interés público es susceptible de fundar un interés del ente local en la medida en que "afecte" a la comunidad vecinal (cfr. arts. 2 y 25.1 LBRL), el mínimo de materias afectas a la competencia local estaría constituido por todos los intereses públicos imaginables. La conclusión sería, entonces, que debe atribuirse a los entes locales un grado mínimo de competencia en todos los asuntos públicos (vgr. al menos la competencia de ejecución). Y éste será sin duda el resultado al que conducirá la doctrina constitucional: con carácter general, se ha dicho que el legislador no puede eliminar por entero las competencias municipales existentes, pero que puede debilitar su contenido actual con *razón suficiente* (cfr. STC 32/1981, FJ 3°).

Veamos cómo ha resuelto el Tribunal Constitucional el único conflicto que hasta ahora se le ha planteado, el de las regulaciones autonómicas sobre las licencias de apertura de establecimientos comerciales. Tras haber estimado que estas determinaciones legales no infringen el derecho fundamental a la libertad de empresa, el principio de unidad de mercado e igualdad básica de todos los españoles, y que tampoco atentan contra los principios de seguridad jurídica y reserva de ley (STC 225/1993, sobre la regulación valenciana), en la STC 264/1993 se sostuvo que, además, la ley aragonesa no infringe la garantía institucional de la autonomía local por la circunstancia de que sea exigible una autorización autonómica además de la propia licencia municipal de apertura, cuando se trate de grandes superficies, solución que se justifica —a juicio del Tribunal— en el carácter *supramunicipal* de los intereses concernidos por la instalación de un centro de esta especie.

Ahora bien, la corrección de la regulación autonómica no puede fundarse en el carácter supramunicipal del interés, puesto que, aun así, es innegable que el asunto "afecta" también al interés de la comunidad vecinal. Lo que el Tribunal hace, en definitiva, no es otra cosa que renunciar a suministrar —quizá porque no los haya— criterios de decisión utilizables. Con criterios tan inciertos como el de la razonabilidad de la regulación autonómica (el único propuesto hasta la fecha en la STC 32/1981)³⁷, tan justificable es esta solución como otra cual-

³⁷ Tampoco la jurisprudencia infraconstitucional ha procedido a la elaboración de criterios seguros. V. la STS (4ª) 11-IV-1981 (RJ 1831): el enjuiciamiento de la licitud del Decreto estatal que suprime la inspección sanitaria local de carnes para el consumo humano requiere una ponderación de las circunstancias de cada caso, en la que "debe prevalecer lo que resulte más conveniente al interés público". Así, el TS considera lícita la exclusión del control local cuando se trate de productos congelados (para no pertur-

quiera: ¿es más razonable la regulación valenciana sobre la venta ambulante que la andaluza? ¿cómo se valora la suficiencia de las "razones" autonómicas (vgr. competencia sobre ordenación regional de la economía, sobre ordenación del territorio, etc.)? Según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo único irrazonable sería la supresión total de la intervención municipal, mientras exista alguna, por nimia que sea (vgr. competencia de ejecución), la garantía de la autonomía local resulta salvaguardada.

B) La expansión de las competencias locales

A pesar de que el examen de la legislación de régimen local y de defensa de los consumidores parece arrojar una perspectiva negativa sobre el ámbito competencial de las Corporaciones locales en la materia objeto de nuestro estudio, sin embargo esta imagen no se corresponde con la realidad de la ordenación local. En la práctica, los entes locales disponen de un amplio poder normativo para regular las actividades comerciales.

La justificación de esta práctica se halla en diversos factores. El primero de ellos es la carencia de una reglamentación sectorial estatal o autonómica que dote de contenido a las competencias a las que nos hemos referido en el epígrafe anterior. Ante esta ausencia, los entes locales proceden a reglamentar directamente, sin esperar una habilitación legal específica.

Otro factor que concurre es la propia ambigüedad de la legislación correspondiente. Con unas palabras de difícil interpretación, el art. 29 LBRL reconoce a los Municipios competencias para realizar "actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas", y se citan algunas de ellas a título de ejemplo (sanidad, vivienda, medio ambiente, etc.). Y no se contienen al respecto mayores limitaciones ni se señalan las condiciones de ejercicio de dicha competencia.

Además, en el ámbito de sus competencias, las entidades locales reglamentan sobre la base de Ordenanzas (cfr. arts. 47-49 LBRL; art. 55 del Texto Refundido de 1986). Estas Ordenanzas, como manifestación de la potestad reglamentaria, están sometidas al principio de jerarquía normativa y limitadas por la reserva de ley. Pero, a diferencia de la Administración central o autonómica, la Administración local es

bar la acción conservadora del frío industrial), pero "habrá que admitirlo con mayor holgura cuando se trate de carnes o despojos no congelados".

representativa y autónoma; confluyen en ella, por así decirlo, el aspecto representativo con poder normativo y la función administrativa. A diferencia de los reglamentos de las Administraciones públicas estatal o autonómica, las Ordenanzas locales representan en la Administración local el papel que técnicamente corresponde a las leyes en el ámbito estatal o autonómico. La Ordenanza, el reglamento municipal, es la forma técnica de expresión de la autonomía municipal, mientras que este concepto no puede predicarse del resto de las Administraciones públicas, pues en éstas es la ley (estatal o autonómica) y no el reglamento, la forma técnica de realización del principio de soberanía (el Estado) y de autonomía (las Comunidades Autónomas). El resultado de todo ello es que, como dice PAREJO ³⁸, la reserva de ley no puede jugar respecto de la Administración municipal en su sentido clásico, sino como una habilitación de las potestades municipales, sin determinar el contenido de la regulación local. De ahí que resulte incorrecto sostener que, en defecto de una ley que desarrollen o ejecuten, los Ayuntamientos sólo disponen de potestad reglamentaria interna u organizatoria.

En definitiva, en la reglamentación municipal los Ayuntamientos delimitan su propia competencia, mediante la autodefinición de lo que sean "intereses propios" de los entes locales, sin más límites que el principio de legalidad entendido en un sentido puramente negativo, como imposibilidad de dictar normas reglamentarias contrarias a leyes formales estatales o autonómicas. La delimitación competencial municipal no se produce entonces por medio de una habilitación legal de competencias, sino por remisión a alguna de las "materias" enumeradas en el art. 25 LBRL, y sobre las que las entidades locales han de tener competencia en el marco de sus intereses propios.

Como ejemplo de reglamentación del comercio a través de la regulación municipal puede consultarse la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid por la que se aprueba el Reglamento del comercio minorista de alimentación (BOCM, 22-III-1991). Esta reglamentación no se limita a los aspectos sanitarios del comercio minorista. El ejemplo sirve para cualquier Municipio español, y muestra cómo las entidades locales hacen uso de una competencia implícita que nadie les discute ³⁹.

³⁸ *Derecho básico de la Administración local*, pp. 125-132; idem, "La autonomía local en la Constitución", pp. 40, 51-51, 55, 58.

³⁹ Existen otros ejemplos significativos de esta práctica. Así, el Ayuntamiento de Albacete ha dictado un Reglamento de las condiciones sanitarias de los establecimientos alimentarios, de 29-VIII-1986 (BOP, 13-X; última modificación de 2-IV-1992, BOP 13-V). Esta reglamentación no dispone de una habilitación legal expresa y, con todo, con-

En resumen, los Municipios pueden regular la actividad comercial desde dos títulos competenciales diversos:

A) En primer lugar, y como contenido de la propia ordenación urbanística, y en la medida en que la entidad local dispone de competencia para su formulación (cfr. arts. 109 y 111 LS). Los límites de esta regulación serán los propios del título competencial de urbanismo y ordenación del territorio, en la forma en que aparece regulado en la legislación del Suelo.

B) Los entes locales disponen de competencias sobre las materias enumeradas en el art. 25 LBRL. Si no existe legislación sectorial estatal o autonómica que delimite cuál es el grado de competencia local, la propia entidad local podrá autodefinir cuál es su nivel de interés propio, y reglamentar sobre las materias enumeradas en el art. 25 por medio de Ordenanzas, que no encontrarán otro límite que el derivado del principio de legalidad en su formulación negativa: como imposibilidad para dictar normas reglamentarias contrarias a leyes formales. Pero sin necesidad de apoyarse en una ley formal como título habilitador.

Para los efectos de nuestro estudio, las materias enumeradas en el art. 25 de la Ley 7/1985 que pueden servir de apoyatura a una regulación de la actividad comercial son: seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico, protección del medio ambiente, abastos, protección de la salubridad pública, defensa de los consumidores. Estas "materias" constituyen límites competenciales. Los entes locales no pueden reglamentar en persecución de fines distintos de los aquí enumerados. En concreto, y a título de ejemplo, los entes locales no pueden regular la actividad comercial con objeto de proteger la competencia mercantil, ni pueden alterar el régimen general de la contratación. No pueden los Ayuntamientos reglamentar horarios comerciales como una forma de protección de determinadas estructuras comerciales,

tiene una regulación que abarca la totalidad de los aspectos de la actividad comercial de alimentación. Si añadimos a esta reglamentación la que se contiene en las Ordenanzas Municipales sobre Uso y Edificación para los establecimientos comerciales en general o la que resulta de la Ordenanza Municipal sobre la venta ambulante, se comprende que el Ayuntamiento de Albacete está delimitando su propia competencia, autodefiniendo sus intereses propios, por remisión a alguna materia de las contenidas en el art. 25 de la Ley 7/1985. Como modelo de este modo de proceder, es ilustrativo el hecho de que el meritado Ayuntamiento haya dictado una Ordenanza de Medio Ambiente (BOP, 29-X-1993), apoyando su competencia en la circunstancia de que el medio ambiente es una de las materias enumeradas en el art. 25 de la Ley 7/1985. Y con el fundamento de esta mención legal se procede a regular, entre muchas otras materias, el régimen legal de establecimientos comerciales desde el punto de vista de su incidencia en el medio ambiente (cfr. arts. 232 y 281-283 de la precitada Ordenanza).

pero sí (y sólo) en la medida en que semejante reglamentación pudiera considerarse una aplicación de la competencia municipal de reglamentación en materia de abastos ⁴⁰.

Y es aquí donde se manifiesta el delicado problema al que nos referimos en la introducción de estos últimos epígrafes: en la autodefinition de sus intereses respectivos o como realización de los que les son reconocidos por la LBRL (por ejemplo, defensa de los consumidores), y en la medida en que la regulación local no contradiga lo dispuesto en la ley, ¿pueden los Ayuntamientos disponer una regulación jurídico privada de protección de los consumidores? Tómense como ejemplos los siguientes preceptos del Reglamento de las condiciones sanitarias (!) de establecimientos alimentarios del Ayuntamiento de Albacete, de 29-VIII-1986 (BOP, 13-X, última modificación de 2-IV-1992, BOP 13-V): el art. 10.3 establece que "los comerciantes están obligados a entregar al comprador los productos por el precio anunciado y con el peso íntegro solicitado, sin incluir en éste el peso del papel de envolver, que, en todo caso, será gratuito para el comprador". ¿No es, cuando menos, una norma que obliga a cumplir las ofertas de venta? Por su parte, el art. 12.2 dispone que "todos los productos que se expongan quedarán afectados a su venta siempre que sean solicitados". ¿No se trata de una norma que, además de obligar a cumplir las ofertas de venta, define lo que constituye tal?

Pues bien, ¿cuáles son las barreras que constriñen la potestad reglamentaria local?

- 1) El primer límite es, como se ha dicho, la imposibilidad de una reglamentación local *contra legem*.
- 2) El segundo deriva del principio de reserva de ley en sentido formal, en la medida en que la nueva regulación jurídico-privada de que se trate deba tener rango de ley.
- 3) También lo es el principio de unidad de mercado del art. 139.2 CE, límite al ejercicio de competencias infraestatales.

Lo cierto es que los anteriores son los únicos impedimentos evidentes a la producción de una regulación local jurídico privada. No lo son las barreras del art. 149.1 CE, que no limitan a las Corporaciones locales. La norma constitucional citada no constituye una reserva competencial "absoluta" en favor del Estado, sino sólo relativa a las Comu-

⁴⁰ Así, por ejemplo, el art. 86 del Reglamento Regulador del Servicio Municipal de Abastos del Ayuntamiento de Albacete (BOP 10-X-1986).

nidades Autónomas. Aparte del argumento sistemático, existe otra razón que abona esta afirmación: si la Constitución no reconoce competencias a los entes locales, sino tan sólo la autonomía para la gestión de sus "intereses respectivos", no tiene sentido entender que, no obstante, el texto constitucional establece límites competenciales (porque el art. 149.1 no contiene "intereses", sino competencias).

Tampoco pueden construirse los límites partiendo de la noción de interés respectivo, ya que, según vimos, todo interés público que afecte a la comunidad vecinal constituye un interés del ente local.

El problema de los límites de la reglamentación local no sólo se manifiesta desde la perspectiva de una regulación jurídico privada de defensa de los consumidores, sino también desde el punto de vista de la competencia administrativo –sancionadora de los entes locales que "concurra" con la competencia autonómica–: esto es, ¿pueden los Ayuntamientos producir Ordenanzas de comercio y considerar como infracción a las mismas la contravención de la regulación autonómica? Aquí el único límite proviene del principio *non bis in idem*. Otro ejemplo: la ya expuesta regulación autonómica sobre concesión de licencias de apertura de establecimientos comerciales que, por lo general, cercena el poder de decisión de los Ayuntamientos, ¿impide que éstos, en uso de sus competencias sobre urbanismo, puedan reglamentar el uso del suelo municipal, previendo la creación de tales establecimientos? Sobre este último problema, remitimos a la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 19 de febrero de 1988 ⁴¹: la competencia local en materia de urbanismo es suficiente para la aprobación de un plan municipal de equipamiento comercial, sin que prospere la impugnación de la Generalidad de Cataluña de que se trata de una norma sobre comercio interior, pues el precepto no pretende regular el comercio en el interior de la ciudad, sino la ordenación urbanística y regulación de los usos de las actividades comerciales alimentarias.

⁴¹ Citada por TORNOS, "Ordenación constitucional del Comercio", p. 4135; idem, "Comercio interior y exterior", p. 649.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- BERCOVITZ, R., "La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional", *AC* 1987-1, & 43, pp. 145 y ss.
- MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ/CALONGE VELAZQUEZ/LAGUNA DE PAZ/GARCIA DE COCA, *Informes. La proposición de Ley de Comercio, IEE*, Madrid, 1994.
- MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982-1987.
- ORTEGA ALVAREZ, *El régimen constitucional de las competencias locales*, 1988.
- "Las competencias propias de las Corporaciones locales", en *Tratado de Derecho municipal*, dir. Muñoz Machado, Madrid, 1988, t. I, pp. 185 y ss.
- PALACIO GONZALEZ, "Los hipermercados y el Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CEE*, serie D, GJ 127, D. 20.
- PAREJO ALFONSO, *Derecho básico de la Administración local*, 1988.
- "La autonomía local en la Constitución", en *Tratado de Derecho municipal*, dir. Muñoz Machado, Madrid, 1988, t. I, pp. 19 y ss.
- SOSA WAGNER, "La autonomía local", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, coord. Martín-Retortillo, Madrid, 1991, t. IV, pp. 3185 y ss.
- TORNOS MAS, "Ordenación constitucional del Comercio", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, coord. Martín-Retortillo, Madrid, 1991, t. V, pp. 4105 y ss.
- "Comercio interior y exterior", en *Derecho administrativo económico*, dir. Martín-Retortillo, Madrid, 1991, t. II, pp. 555 y ss.
- TRONCOSO Y REIGADA, "Notas críticas a la proposición de Ley de Comercio Interior del Grupo Parlamentario Catalán", *La Ley*, 21-X-1994, pp. 1 y ss.

