

SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DEL
CONSUMIDOR COMO TÍTULOS COMPETENCIALES

*EXAMEN DE LA LSSI (LEY 34/2002) Y LAS COMPETENCIAS DE
CASTILLA-LA MANCHA*

Angel Carrasco Perera
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

Primera parte

**LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR COMO TÍTULO
COMPETENCIAL**

- 1. La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.**
- 2. Materia pluridisciplinar.**
- 3. Competencias orientadas a la realización de fines.**
- 4. No hay diferencias en los techos competenciales.**
- 5. Los límites de la competencia autonómica en materia de consumo en la doctrina del Tribunal Constitucional.**
 - 5.1. Reservas de competencia exclusiva del Estado.
 - 5.2. Unidad de mercado.
 - 5.3. Bases de la ordenación económica.
 - 5.4. Alcance de la concurrencia.
- 6. Derecho público y Derecho privado como criterio de distribución competencial.**
 - 6.1. La reserva estatal sobre el Derecho de contratos.
 - 6.2. Aplicación de la regla.
 - 6.3. Interpretación reductora.
- 7. En particular, Derecho civil y mercantil.**
 - 7.1. La contravención de obligaciones “contractuales” como infracción administrativa.
 - 7.2. Imposición autonómica de requisitos para el ejercicio del comercio.

8. El principio de unidad de mercado.

8.1. Su alcance como título competencial.

8.2. La ponderación entre unidad interior y autonomía.

8.3. El test de proporcionalidad.

8.4. La igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos.

9. Tránsito: de la doctrina constitucional expuesta a los servicios de la sociedad de la información.

Segunda parte

FINALIDADES DE PROTECCIÓN Y TÍTULOS COMPETENCIALES EN LA LSSI

10. La protección de los consumidores en el seno de la Directiva 2000/31.

11. El objeto de protección de la LSSI.

12. El título competencial invocado por la LSSI.

13. La protección de los consumidores como criterio de regulación en la LSSI.

14. La salvaguarda expresa de los ámbitos competenciales concurrentes en la LSSI.

15. Normas relativas a servicios de la sociedad de la información en leyes consumeristas sectoriales.

16. Descripción de la regulación protectora de los consumidores y su adscripción competencial.

17. Ámbito de aplicación de la LSSI y ámbito de aplicación de la normativa de consumo.

17.1. Los criterios de aplicación territorial de la LSSI.

17.2. Los criterios de aplicación de las normas de protección de consumidores de Castilla-La Mancha.

17.3. Dos particularidades en el reparto competencial.

18. Conclusión: la concurrencia de competencias en la LSSI y la protección de los consumidores en la sociedad de la información.

Primera Parte

LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR COMO TÍTULO COMPETENCIAL

1. La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas

La cuestión del reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas referida al ámbito del Derecho de Consumo se encuentra en España con el problema fundamental de la propia falta de precisión de la defensa de los consumidores como título de reparto competencial. La “defensa de los consumidores” no es una materia específicamente comprendida en el elenco que, a modo de reparto competencial, establecen los arts. 148 y 149 CE, aunque la atribución de tal competencia a las Comunidades Autónomas se ha llevado a cabo a través de la habilitación contenida en la LO 9/1992, de 23 de diciembre, que transfirió competencias de desarrollo sobre defensa de los consumidores, mientras que otras CCAA procedieron inicialmente a incluir este sector entre sus competencias exclusivas, al no estar enumeradas entre las reservadas al Estado por el art. 149.1 CE.

2. Materia pluridisciplinar

Como ya afirmó la SSTC 71/1982 (FJ 1º y 15/1989, FJ 1º), el consumo es una materia de *contenido pluridisciplinar*, dificultad, que 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 CE. 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; 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), 4) comercio interior, y 5) fomento del desarrollo económico regional. Sin embargo, tan sólo se dispone de competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de consumo, siendo así que se trata de una

competencia de persecución de ciertos fines que perfectamente pueden ser conseguidos con un uso instrumental de competencias alternativas sobre las que se ostenta un título en exclusiva.

Como ha afirmado el TC, la sujeción a los límites constitucionales es una característica común al ejercicio de toda competencia. De esta constatación resulta que la competencia en materia de consumo ha de respetar los límites establecidos para las competencias estatales exclusivas del art. 149 CE. La STC 88/1986, enumera expresamente los límites impuestos por los arts. 38 CE (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado) y 149.1 CE en las materias 1ª (condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales), 6ª (legislación mercantil), 8ª (legislación civil, sin perjuicios de la conservación, modificación y desarrollo de las especialidades forales previas) y 13ª (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) CE.

3. Competencias orientadas a la realización de fines

Pero el principal problema de la competencia que ahora nos ocupa resulta ser que el título no puede definirse simplemente por el solo hecho de que la regulación en cuestión sea una regulación *finalísticamente orientada* a la protección de los consumidores.

Ello es así, 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) o las bases de la sanidad (149.1.16ª, STC 147/1996, que confirmó el carácter básico del RD 1122/1998, Norma General de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios envasados); o la planificación general de la actividad económica y las bases sobre el régimen energético (STC 197/1996). El paradigma de concurrencia de finalidades normativas en el sector que nos ocupa, es el que se produce entre la finalidad de protección al consumidor y la de defensa de la competencia.

En segundo lugar, porque 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).

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, STC 147/1996, FJ 5º, 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).

Lo anterior conduce a que esta competencia, interpretada desde el punto de vista “finalista” de la protección de los consumidores, ceda 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. Así, por ejemplo, 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 comercio para regular los horarios comerciales. Es decir, el fin de protección puede ser realizado de múltiples formas, y no todas ellas son de exclusiva titularidad estatal o autonómica (cfr. SSTC 88/1986, FJ 4º), y el conflicto entre *fin normativo* (competencia autonómica) y *la reserva estatal* determina normalmente la prevalencia de la competencia estatal si esta reserva se formula de forma distinta a la de una mera competencia de fines.

Bastará recordar los resultados del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la LCU. 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 LCU, STC 15/1985, FFJJ 3ºd y 5ºb). *A fortiori*, tampoco puede con-

cluirse que las normas autonómicas cuya finalidad sea la protección del consumidor en el comercio interior sean siempre constitucionales por el hecho de ser fruto del ejercicio de la competencia sobre defensa de los consumidores.

El ejemplo evidente son las dos competencias de tipo técnico por excelencia, que contienen el art. 149.1 Constitución. La finalidad de protección de los consumidores en abstracto, y como título, cede ante la técnica de protección consistente en normas civiles y ante las normas de Derecho administrativo estatales que se presenten como base del procedimiento administrativo común.

4. No hay diferencias en los techos competenciales

El resultado del carácter huidizo de las competencias sobre defensa de los consumidores (y, por extensión, del comercio interior) ha sido, en primer lugar, que 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 71/1982, o la Ley 3/1994, de 3 de noviembre, de Castilla-La Mancha, sobre Protección de los Usuarios de Entidades, Centros y Servicios Sociales, donde, con la única justificación en la competencia exclusiva sobre servicios sociales, se contienen normas de defensa de los intereses económicos de los usuarios de los mismos, entre ellas el art. 4.12, que permite al usuario desistir unilateralmente del servicio, por encima de la competencia estatal exclusiva del art. 149.1.8ª CE. Es más, la propia limitación 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, promulgó 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.

En efecto, la jurisprudencia constitucional producida hasta la fecha de dicha LO no distinguió nunca –porque no era necesario– entre defensa del consumidor y comercio interior. Tampoco lo hacía la legislación autonómica existente hasta entonces. Con la distinción propiciada por la LO 9/1992, las Comunidades Autónomas afectadas por la misma podrán legislar en términos más 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 difícil 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 forzar la competencia que se quería apoyar en el título de defensa del consumidor.

La LO 3/1997 transfirió a todas las CCAA la competencia exclusiva en materia de comercio interior. Esto provocó un nuevo reajuste de títulos. Para aquellas CCAA que tuvieran una competencia exclusiva en materia de consumo, la cuestión carecía de transcendencia, pues también disponían de esta competencia exclusiva en materia de comercio interior. Para aquellas que disponían exclusivamente de una competencia de desarrollo en materia de protección a consumidores, ahora se les entregaba una competencia exclusiva paralela con la que poder legislar prácticamente con la misma libertad y las mismas restricciones con las que podían operar las CCAA que dispusieran de una competencia exclusiva sobre defensa de consumidores.

La consecuencia final resultaba clara. Ya fuera porque el Estado no disponía de un título propio para producir legislación “básica” de consumo, ya fuera porque el Estado siempre ha hecho valer títulos exclusivos oponibles a todas las CCAA distintos de un sedicente título competencial residual sobre consumo, ya fuera porque las CCAA con limitaciones competenciales en materia de consumo dispusieran de un título competencial pleno de alcance similar al de aquél, lo cierto es que no pueden hacerse distinciones apreciables entre las CCAA en virtud de su distinto techo competencial en materia de consumo.

5. Los límites de la competencia autonómica en materia de consumo en la doctrina del Tribunal Constitucional

Los límites a la regulación autonómica sobre defensa de los consumidores y usuarios pueden ser estructurados en tres grupos, de la forma siguiente.

5.1. Reservas de competencia exclusiva del Estado.

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, la igualdad básica en las condiciones de salud de todos los españoles) 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]).

5.2. Unidad de mercado.

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 transgresión en la regulación de otros aspectos de la actividad comercial. Así, según la STC 71/1982, FJ 9º, 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 supondría 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 5º y 6º).

5.3. Bases de la ordenación económica.

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 ha elaborado un título material a favor del Estado desborda el tenor literal del art. 149.1.13ª CE. 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 considerable dados los términos en los que el Tribunal Constitucional ha formulado esta *competencia general* en favor del Estado.

5.4. Alcance de la concurrencia.

Se expone a continuación el alcance de cada uno de los límites concretos con-

tenidos en cada uno de los grupos expuestos, adelantando ya que, 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 autonómica (STC 192/1990, sobre la sanidad exterior y la competencia autonómica exclusiva en materia de agricultura; STC 67/1996 en la que las bases de la sanidad limitaron la competencia exclusiva sobre ganadería en lo referente a las autorizaciones de los aditivos destinados a la alimentación de animales con incidencia en la salud humana); en ocasiones el título específico prima sobre el genérico (bases de la sanidad sobre defensa de consumidores, SSTC 71/1982, 147/1996; comercio exterior sobre agricultura STC 71/1982); y a veces el conflicto se resuelve en favor del título más genérico, por ejemplo, porque deba preservarse la autonomía local (v. STC 213/1988). 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).

6. Derecho público y Derecho privado como criterio de distribución competencial

6.1. 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.

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 contenido 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).

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

6.2. Aplicación de la regla.

De la regla anteriormente expuesta deduce el TC 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 estatal. Y es esto, lo que, como veremos, explica la mención conjunta, inespecífica, a las reservas estatales sobre el Derecho civil y mercantil. De ello derivan las siguientes consecuencias:

- (i) 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 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.

- (ii) 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 transgresión tenga efectos jurídico 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.
- (iii) Obviamente, las Comunidades Autónomas no pueden tampoco determinar el ámbito de aplicación de una norma privada del Derecho de contratos. Ver por ejemplo, el art. 22.2 de la Ley canaria 4/1994.
- (iv) Es inconstitucional la norma autonómica que reitera una norma estatal jurídico privada. 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), aunque 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.

6.3. Interpretación reductora.

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:

- (i) 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. 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 12º y 14º), por la correspondencia calidad/precio (STC 62/1991, FJ 4ºc); que se responderá por daños (STC 71/1982, FJ 19º).

- (ii) 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 transgresión 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 4º 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 16º y 62/1991, FJ 4ºc), o que sancionan la infracción de ciertas obligaciones de información al consumidor (STC 62/1991, FJ 4ºc), o la transgresión de las obligaciones de información del promotor de viviendas (STC 71/1982, FJ 10º), o la contravención de la prohibición de ofertas condicionadas a la obtención de otros productos o servicios (SSTC 71/1982, FJ 8ºc y 264/1993, FJ 4º). En el FJ 5º 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. 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 que la Disp. Final de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, otorga a la previsión que define la venta de saldos (art. 28), porque de tal cali-

ficación no se sigue ninguna consecuencia jurídico privada en los siguientes preceptos.

- (iii) Igualmente, son lícitas las remisiones autonómicas a la legislación estatal para configurar la infracción de las normas de ésta como supuesto que de lugar a infracción propia de la regulación autonómica (cfr. STC 225/1993, FJ 6ºE, 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. Por ello, es erróneo el carácter supletorio que la Disp. Final de la Ley estatal 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, predica 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. Y no menos desacertado es que, según la misma Disp. Final, la previsión que obliga a cumplir las ofertas de venta hechas al público (art. 9.1) tenga carácter supletorio con respecto a la normativa autonómica; porque con ello se limita el alcance natural de una norma que, para que tenga verdadero sentido como técnica de protección de los consumidores, ha de interpretarse como Derecho privado de la contratación, y no sólo (como parece indicar su carácter supletorio), como base de una tipificación de ilicitud administrativa.

7. En particular, Derecho civil y mercantil

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

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. 149.1.6^a CE (v. particularmente las SSTC 88/1986, FJ 5^o y 62/1991, FJ 2^o), 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 14^o y 19^o, contiene una mención al derecho foral como salvedad a la reserva estatal del art. 149.1.8^a 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. 6^o y 8^o 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.

7.1. 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, sin contar con que 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). Pues bien, varios son los puntos de reflexión que sugiere esta doctrina:

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 transgresión 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 transgresión podía generar ningún efecto jurídico-civil. Siguiendo esta doctrina, la STC 62/1991 declara la constitucionalidad de la norma que impone sanciones para la transgresión 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 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 auto-

nómica 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 transgresión 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.

De hecho, los límites a la competencia autonómica son de dos tipos. El primero es 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).

El segundo límite es el derivado de la igualdad en las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos constitucionales (SSTC 88/1986 y 225/1993). Esta ruptura de la igualdad se produce cuando la sanción prevista es desproporcionada en relación con 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”.

La segunda 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 colegia-

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

Como tercera reflexión 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 que 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.

Una última consideración. Aunque anteriormente renunciamos 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 administrativa 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).

7.2. 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, 225/1993, FJ 5º, 133/1997). 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 requisitos para la realización de la actividad comercial (típicamente, la inscripción en un registro autonómico de comerciantes, SSTC 88/1986, FJ 8ºc y g; 225/1993, FJ 5ºc; 284/1993, FFJJ 2º y 3º), o para la práctica de ciertos tipos de ventas (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). 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:

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, 88/1986, FJ 5º, 133/1997, FJ 10,b)]. 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, o el mercado de valores). 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, de manera que, tratándose de normas de encuadrables en este último, habrá que situar la institución de que se trate dentro de otros criterios de reparto competencial (STC 133/1997). 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 o a cualquier participante en el ámbito empresarial de que se trate determine consecuencias jurídico privadas, precisamente porque la norma en cuestión sea el presupuesto de una relación jurídico privada (vgr. según la STC 133/1997, las incompatibilidades mínimas de Administradores, Corredores de Comercio y Notarios, o las normas de conducta de las agencias de valores conforman las bases de la ordenación del crédito reservadas al Estado también en relación con las bolsas de valores creadas por las Comunidades Autónomas, porque garantizan la transparencia del mercado en interés del cliente, mientras que en la aprobación y modificación de los estatutos de las sociedades rectoras son competentes las Comunidades Autónomas en cuyo territorio esté ubicada la Bolsa de que de cuya sociedad rectora se trate).

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.

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 CCom, 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 independen-

cia de que la misma deba aplicarse tan sólo a un sector empresarial determinado (por ejemplo, al comerciante minorista).

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

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.

8. El principio de unidad de mercado

8.1. 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 ámbi-

to 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. Y ello sin contar con que 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.

8.2. 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). Con igual alcance restrictivo ha de interpretarse el límite de la competencia estatal exclusiva sobre comercio exterior (art. 149.1.10ª CE), ya que, como se insiste en varias sentencias, una aplicación extensiva de este título competencial acabaría por vaciar de contenido la premisa, consolidada en la doctrina constitucional, conforme a la cual el ingreso de España en la CEE y la consiguiente transposición de las normas de Derecho comunitario derivado no altera las reglas constitucionales de distribución de competencias «ya que sería muy difícil encontrar normas comunitarias que no tuvieran incidencia en el comercio exterior, si éste se identifica, sin más matización, con comercio intracomunitario» (STC 236/1991 y en sentido similar STC 79/1992 y 313/1994).

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: el test de proporcionalidad y la igualdad de condiciones básicas en el ejercicio del derecho.

8.3. 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, pág. 649; apuntada ya en la sentencia *Dasonville*, sentencia de 11 de julio de 1974, As. 8/74, *Rec.* 1974, pág. 837. En aplicación de la misma, en el asunto *GB-INMO-BM* -As. 362/88, sentencia de 7 de marzo de 1990, *Rec.* 1990, pág. 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.

Sin embargo, 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 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.

8.4. La igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos.

De acuerdo con este test, el art. 149.1.1ª 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. 149.1.1ª 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. 149.1.1ª 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– no se supone en la norma constitucional que la compe-

tencia 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 este límite constituya una regla de uso incierto y de resultados poco contrastables en la generalidad de los casos. Ello se ha constatado, en relación con la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos como consumidores, en la STC 313/1994. Según la misma, para sostener la competencia estatal sobre las actividades de normalización y homologación de productos industriales, no puede acogerse la invocación del título competencial consagrado en el art. 149.1.1 CE, que permite al Estado regular las condiciones básicas a fin de salvaguardar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos como consumidores. Y ello, porque las actividades relativas a la seguridad de los productos industriales encuentran un encaje más preciso y directo en la materia de seguridad industrial, que en la más general de protección de los consumidores. A la misma conclusión de no aplicación del art. 149.1.1 se llegó en las STC 100/1991 y 236/1991 relativas a una cuestión –metrología– que poseía una gran similitud con la planteada en la STC citada, y, aunque en *obiter dictum*, en la 146/1996, que entendió que el carácter específico de la publicidad determina que la regla del art. 149.1.1.º CE invocada por el Abogado del Estado, en relación con el derecho a la información de los consumidores y usuarios (art. 51 CE), por su más amplio alcance debe ceder a la regla de carácter más específico, en este caso, la relativa a la publicidad.

9. Tránsito: de la doctrina constitucional expuesta a los servicios de la sociedad de la información

Las reflexiones realizadas sobre la glosa de la doctrina constitucional que hemos venido haciendo en las páginas que anteceden tienen una pretensión de generalidad. Pero a nosotros nos son útiles aquí sólo en la medida en que puedan servirnos de puente argumentativo para racionalizar la posición que puede tener el título competencial (legislativo y de ejecución) en materia de protección de los consumidores (al que consideramos como título sectorial determinado en función del fin de protección de la norma, y de titularidad plena o cuasi plena autonómica) en relación con un título competencial inespecífico y genérico que pueda ser alegado para regular y administrar la “sociedad de la información” como tal.

Pues la DF 6ª de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSI), ha hecho valer como acreditaciones competenciales estatales dos títulos. El primero de ellos, el régimen de telecomunicaciones como materia reservada al Estado; el segundo, la reserva de Derecho privado, en un doble frente: reserva del Derecho privado de la competencia y reserva del Derecho privado de contratos. En consecuencia:

- (i) Ni existe ni el Estado ha pretendido aportar un título genérico sobre la sociedad de la información como tal, ni sobre los servicios de la sociedad de la información en su conjunto.
- (ii) La regulación contenida en la LSSI contiene indudablemente normas de Derecho privado. Pero ni tan siquiera la mayor parte de la regulación contractual que contiene es una regulación de Derecho privado.
- (iii) En un cierto sentido, la LSSI constituye una regulación de la competencia, en la medida que pretende garantizar un espacio de libertad empresarial independiente del lugar de prestación de los servicios de la sociedad de la información.
- (iv) El Estado no ha aportado ni hecho valer como título competencial la reserva sobre las bases del procedimiento administrativo (regla 18ª art. 149.1 Constitución), la regulación de las bases y coordinación de la actividad económica (regla 13ª), ni la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos (regla 1ª).
- (v) Por principio, la regulación que tiene cabida más procedente en el título competencial sobre telecomunicaciones es la que se refiere a los servicios y redes de telecomunicaciones. Pero, como regla, los prestadores de servicios de la sociedad de la información no son operadores de redes y servicios de telecomunicaciones, en el sentido propio de la LGTEL, y la regulación específica y propia de la LSSI no es una ordenación de las habilitaciones para tender redes o prestar servicios de telecomunicaciones, sino para regular el contenido de los mensajes que se mandan por las redes y de la información que puede ser puesta a disposición de los destinatarios que hacen uso de medios electrónicos. Los arts. 12 y 14 LSSI, al mencionar separadamente y de modo marginal a los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones con una finalidad muy precisa, acredita que los destinatarios de la regula-

ción son otro tipo de operadores no sujetos al estatuto que resulta de la LGTEL.

Parte segunda

FINALIDADES DE PROTECCIÓN Y TÍTULOS COMPETENCIALES EN LA LSSI

10. La protección de los consumidores en el seno de la Directiva 2000/31

En buena medida, las dificultades de encontrar un tratamiento lineal referido a la protección de los consumidores en la LSSI, así como la de saber con claridad qué papel ha querido atribuir la propia LSSI a las normas que cumplen aquella finalidad de protección, provienen de la estructura “atormentada”, y de los distintos niveles de referencia, que al respecto adopta la Directiva comunitaria relativa a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

En los Considerandos de la Directiva se invoca el principio de protección de los consumidores, como una razón de ser de la misma regulación armonizada y como una finalidad a la que tiende esta armonización (Considerando 10). Pero inmediatamente se nos aclara que esta Directiva “no afecta” al nivel de protección de los consumidores ofrecido por otras normas comunitarias, aunque “completa” los requisitos de información establecidos en estas normas, en especial en la Directiva de ventas a distancia (Considerando 11). Lleno de equívoco énfasis, el art. 1.3 de la Directiva afirmará que *la presente Directiva completará el ordenamiento jurídico comunitario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, sin perjuicio del nivel de protección, en particular, de la salud pública y de los intereses de los consumidores (...) en la medida en que no restrinjan la libertad de prestar servicios de la sociedad de la información*. Parece a veces que la Directiva se quiere situar en un nivel alejado del específico de las Directivas consumeristas, como una norma fundamentalmente liberadora de servicios necesarios para el triunfo de la sociedad de la información; pero la Directiva no renuncia a complementar a su vez esta normativa con alguna regulación propia, como se desprende sin más de lo dispuesto en los arts. 5 (información general exigida a los prestadores de servicios a favor de los destinatarios de los mismos), 6 (condiciones a cumplir por las comunicaciones comerciales), 7 (comunicaciones comerciales no solicitadas), 10 (informaciones precontractuales a suministrar a consumidores), 12 (reglas para confirmar la recepción de un pedido en contratos con consumidores).

El art. 3 de la Directiva, que es el antecedente de los arts. 3 y 8 de la LSSI, dibuja un enrevesado conflicto entre sociedad de la información y protección de los consumidores. Completando el anómalo contenido de regulación de esta norma con lo que se dispone en el Anexo de la Directiva, resulta la siguiente paradoja: El principio, según el cual los Estados miembros no pueden restringir la libertad de prestación de servicios por razones inherentes al ámbito coordinado (apartado 2 del art. 3), no se aplicará al “ámbito” de las *obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados con consumidores* (apartado 3 y Anexo). No sólo eso; también podrán los Estados miembros tomar medidas que constituyan excepciones al apartado 2 (que, recuérdese, es el que establece el principio de libertad de prestación de servicios), si se trata de medidas necesarias, entre otros motivos, para la *protección de los consumidores*, que, recuérdese también, ya había sido previamente excluida del ámbito coordinado por la Directiva.

En resumen, y con independencia de las especulaciones que puedan hacerse sobre el papel reservado a la protección de los consumidores en el art. 3 de la Directiva, podemos afirmar en síntesis que:

- (i) La Directiva 2000/31 ha excluido toda pretensión de que la armonización exigida por la eclosión de los servicios de la sociedad de la información, y el principio de libertad en el ejercicio de los mismos, pueda conseguirse a costa de los regímenes de protección comunitario y estatales que puedan existir en el ámbito de la defensa de los consumidores o que pueda incidir en ellos.
- (ii) La Directiva 2000/31 aprovecha el objeto inmediato de regulación (servicios de la sociedad de la información) para introducir nuevas normas protectoras de los consumidores, relativas al medio de contratación y promoción comercial a distancia.

11. El objeto de protección de la LSSI

El art. 1.1 LSSI establece unos objetivos plurales y no homogéneos, que pretenden ser satisfechos por las distintas normas de la ley. En términos genéricos, es objeto de la ley *la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información*, entendidos tales “servicios” en el sentido de la letra a) del ANEXO de DEFINICIONES de la propia ley. Pero junto a esta regulación

genérica, y acaso mejor como concreción de la misma, la ley pretende también regular

- (i) *la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios (...),*
- (ii) *las comunicaciones comerciales por vía electrónica,*
- (iii) *la información previa y posterior a la celebración de los contratos electrónicos,*
- (iv) *las condiciones relativas a su validez y eficacia y*
- (v) *el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.*

Como se comprende de su simple lectura, existen subobjetivos que tradicionalmente han sido considerados como objetivos específicos de la competencia de defensa de consumidores, cuando el destinatario del servicio es un destinatario final, como ocurre con el especificado supra (iii). Existen también marcos genéricos de regulación contractual que son susceptibles de ser afectados por distintos títulos competenciales y fines de regulación no específicos de la sociedad de la información, como ocurre con los especificados supra (i) y (ii).

Lo que se refiere al objetivo supra (iv) es materia claramente ajena a la regulación específica de protección de los consumidores, en la medida que comprende decisiones técnicas de Derecho civil y mercantil que deben ser tomadas por el legislador competente conforme a las reglas 6ª y 8ª del art. 149.1 de la Constitución¹. Por el contrario, el régimen sancionador (supra (v)) es una superestructura que no tiene un contenido propio, pues la competencia, y su propio régimen, se determinan en función de los posibles bienes jurídicos lesionados por las conductas definidas como infracción, y estos bienes jurídicos pueden (a) o bien hallarse fuera de la propia LSSI (b) o, estando comprendidos por ésta, pueden haber sido igualmente tipificados en el ejercicio de una competencia sectorial distinta de la específica de la “sociedad de la información”, (c) o, finalmente,

1. Un cuidado examen de la regulación civil contenida en la LSSI, Cavanillas Múgica, *Los contratos electrónicos: problemas de Derecho civil relativos a su conclusión*, en Ponencias de las Jornadas de Derecho civil de las Palmas de Gran Canaria, 2002.

pueden encontrarse tipificados en la LSSI y, a pesar de ello, deberán ser eventualmente calificados como tipos de infracción propiamente consumerista.

12. El título competencial invocado por la LSSI

Como en tantas otras normas estatales de naturaleza mixta, el legislador estatal ha utilizado aquí una doble cobertura competencial (DF Sexta LSSI). En primer lugar, las reglas 6ª y 8ª del art. 149.1 Constitución, relativas a la reserva estatal sobre legislación de Derecho privado material, Derecho procesal y Derecho de la competencia. En segundo lugar, la competencia jurídico administrativa de regulación de las telecomunicaciones (regla 21ª del art. 149.1 Constitución).

La suma de telecomunicaciones y Derecho privado no agotan sin embargo, el contenido de la materia regulada en la LSSI. Sin duda existe una regulación jurídico privada en aquellas reglas de la LSSI que establecen un régimen de responsabilidad civil o determinan el momento y lugar de perfección de un contrato. Pero no queda cubierto por este título el conjunto de reglas diseminadas en la LSSI que imponen deberes de información o de conducta, y a las que el legislador no ha considerado oportuno vincular una específica consecuencia de Derecho privado. Tampoco el título regulador de las telecomunicaciones sirve para cubrir competencialmente la parte más significativa de estas normas. Pues las regla 21ª del art. 149.1 Constitución no puede ser extendida a regular cualesquiera contenidos que se transmiten por redes electrónicas. “Telecomunicaciones” es un título específico de la regulación de las redes y servicios, pero no de regulación comercial o contractual que pueda entronizarse a través de este medio, ni del contenido de información que por tales medios se trasmite o comunica. Igual que la competencia sobre correos no sería un título suficiente para absorber la competencia sobre urbanismo, por el hecho de que las resoluciones administrativas de naturaleza urbanística se comuniquen por medio de notificaciones escritas. En la relación con el destinatario final del servicio “telecomunicaciones” es un título que no puede utilizarse nunca como una competencia de contenidos, sino, exclusivamente, de medios.

Es fundamental retener aquí que la nomenclatura de “sociedad de la información” no constituye ni identifica ningún título competencial específico, como, por otro, lado, resulta evidente, dada la falta de concreción de una descripción de esta clase, que de suyo podría, de ser tomado en serio tales términos, convertirse en un título de competencias universales.

Ni tan siquiera el inespecífico concepto de “ámbito normativo coordinado”, que utiliza pero no define el art. 1.2 LSSI, y que define, pero no se entiende, la letra i) del ANEXO de DEFINICIONES, constituye en la LSSI una reserva de título competencial.

13. La protección de los consumidores como criterio de regulación en la LSSI

Al margen de aquellas normas (a las que nos referimos después) que en la LSSI se refieren a la actuación de otros órganos o a la aplicación de otras reglas competentes en materia de protección de los consumidores, existen cuatro ocasiones en que la LSSI utiliza la protección de los consumidores como criterio que determina de una manera u otra la aplicación de sus normas.

- (i) El art. 3.1 LSSI impone la aplicación de la Ley a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la UE o del EEE cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten, entre otros extremos, a las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por consumidores. La protección de los consumidores actúa en este caso como un factor de aplicación extraterritorial de la LSSI, y supone, en consecuencia, que la LSSI contiene normas protectoras de esta clase y finalidad, cuya aplicación es lo que se trata de asegurar en el art. 3.
- (ii) Los arts. 27.2 a) y 28.3 a) permiten que las partes excluyan convencionalmente la exigencia de proveer la información pre y precontractual que allí se contiene, salvo que se trate de negocios que tengan por destinatario a un consumidor. Realmente, dado que para el resto de contratos el contenido de las normas es puramente dispositivo, ambos preceptos sólo tienen sentido entendidos como normas consumeristas.
- (iii) Según el art. 29 I LSSI, los contratos celebrados por vía electrónica en que intervenga como parte un consumidor se presumen celebrados en el lugar en el que éste tenga su residencia habitual. La norma no es, empero, especialmente significativa en el ámbito jurídico privado, pues la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor es independiente en cualquier caso de que el contrato se entienda celebrado en este lugar o en otro (art. 5 Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales).

- (iv) Las asociaciones de consumidores deben participar en la elaboración de los códigos de conducta a que se refiere el art. 18 LSSI. Las Administraciones públicas competentes deben alentar esta participación.

14. La salvaguarda expresa de los ámbitos competenciales concurrentes en la LSSI

La propia LSSI es consciente de que las finalidades perseguidas por la misma pueden constituir finalidades de protección o materia regulable comprendidas en otros títulos competenciales. Hagamos un repaso por las distintas normas que contienen una salvaguarda expresa de estas otras áreas competenciales.

El art. 1.2 aclara que las disposiciones contenidas en la LSSI *se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas estatales o autonómicas ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad la protección de (...) los intereses del consumidor (...)*. Como puede apreciarse de la propia declaración legal, existen dos criterios de reparto competencial aparentemente claros. En primer lugar, todo lo relativo al “ámbito normativo coordinado” corresponde al ámbito regulatorio de la LSSI, y, presumiblemente, de la Administración que sobre ella tiene competencia específica. Pero, inversamente, todo lo referido a la finalidad de protección del consumidor parece que corresponde a los títulos competenciales y a las Administraciones públicas que no son los específicos de la LSSI.

La interpretación que se acaba de dar, sin embargo, es insatisfactoria. En primer lugar, porque la definición de ámbito coordinado que se realiza en la letra j) del ANEXO de DEFINICIONES es lo bastante abstrusa como para significar cualquier cosa imaginable². En segundo lugar, porque resultará chocante que se pueda decir que la LSSI no pretende realizar, al menos en una parte, una finalidad de protección de los consumidores, y que tal finalidad permanece ajena a la norma.

Según el art. 2.4 LSSI, *los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España estarán sujetos a las demás disposiciones del*

2. Se entiende por tal ámbito “todos los requisitos aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, ya vengán exigidos por la presente Ley u otras normas que regulan el ejercicio de actividades económicas por vía electrónica, o por las leyes generales que les sean de aplicación y que se refieran a los siguientes aspectos” (y enumera las normas relativas al comienzo de la actividad y las que se refieren al posterior ejercicio de dicha actividad).

ordenamiento jurídico español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen, con independencia de la utilización de medios electrónicos para su realización. En consecuencia, la utilización de servicios específicos de la sociedad de la información no basta a constituir una materia especial ajena a la vocación reguladora de otros ámbitos normativos.

Conforme al art. 3.1 d) LSSI, la ley se aplicará a prestadores de servicios establecidos en otro Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a (...) *obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores.* Esta norma desmiente que la finalidad de protección de los intereses de los consumidores sea ajena a la finalidad protectora de la LSSI, y, además, es utilizada como criterio de aplicación extraterritorial de la propia ley. Obsérvese la distinta perspectiva que media entre esta norma y el art. 3 de la Directiva comunitaria de comercio electrónico. En ésta era la protección de los consumidores un extremo de entidad suficiente para excluir los efectos de la armonización pretendida; en la ley española, la presencia de intereses dignos de esta clase de protección es precisamente utilizado como criterio para la aplicación positiva de la norma que se pretende transposición de la Directiva.

El art. 6 LSSI consagra uno de los principios cardinales del sistema de la LSSI. La prestación de servicios de la sociedad de la información no está sujeta a autorización previa. Sin embargo, el apartado segundo aclara que esta norma *no afectará a los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento español que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios.* Básicamente, la norma se está refiriendo a autorizaciones exigidas por la norma reguladora del comercio minorista, y, por lo que ahora importa, las autorizaciones que las Comunidades Autónomas hayan establecido, de acuerdo con la LOCM y sus propios títulos competenciales, sobre ventas a distancia. Una vez más se acredita por la norma que la utilización de medios específicos que definen un servicio de la sociedad de la información no comporta exclusión de la aplicación de otros regímenes normativos diseñados en función de la finalidad de protección de las normas o de la materia regulada como una unidad considerada en función de la circunstancia de que tal materia comprende relaciones comerciales entre empresarios y consumidores. La salvedad misma que se hace en este apartado del art. 6 LSSI es inconsecuente, pues, ciertamente, los otros regímenes concurrentes pueden tener vocación de aplicación en función del

carácter comercial de la relación regulada, de la presencia de un consumidor, del carácter específico de la venta como una venta a distancia; pero es evidente que no cabe imaginar una regulación paralela y ajena a la específica de la sociedad de la información que retenga como elemento justificador de esta vocación regulatoria el que la relación comercial se desarrolle por vía electrónica. ¿Para qué habría de regular una Comunidad Autónoma la específica contratación electrónica *como tal*, cuando puede hacerlo como una clase dentro del género de las ventas a distancia, o de los negocios que en general tienen lugar entre empresarios o consumidores, o como un incidente de la regulación que se provea de la ordenación turística o de la promoción comercial o de la venta de viviendas, etc?.

El art. 8.1 establece que los “órganos competentes para la protección” de los principios que a continuación enumera pueden adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación del servicio. Entre tales principios se halla *la protección de la salud pública o de las personas que tenga la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores*. El contenido ulterior de la norma es curioso, e ilustra la enorme tensión con la que en la LSSI pretenden convivir distintas vocaciones regulatorias. Pues el resto del art. 8 se dedica a establecer un detallado procedimiento (en gran parte carente de sustancia propia, por reproducir obviedades) para el ejercicio de tales competencias por los “órganos competentes”, cuando tengan por objeto la interrupción del servicio o una restricción sobre un prestador de servicios establecidos en otro Estado de la UE o del EEC. Ciertamente se trata de una norma exorbitante, pues, cualquiera sea el título competencial que se quisiera hacer valer, el Estado no puede arrogarse una competencia para determinar, ni tan siquiera con carácter básico, cómo han de ejercer sus propias competencias las Administraciones autonómicas que actúan en el ejercicio de su competencia reguladora y no meramente ejecutiva.

El art. 10 LSSI enumera una serie de circunstancias que el prestador de servicios tienen que poner a disposición de los destinatarios como información permanente, directa y gratuita. Es igualmente evidente que no puede pretenderse un título competencial específico de la sociedad de la información para imponer tal obligación de información. El propio precepto lo comprende así, cuando establece la reserva de que tal norma procederá *sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establece en la normativa vigente*. Como resulta, por ejemplo, de la circunstancia de la letra f) (información sobre el precio), la imposición de obligaciones precontractuales de información es una materia que puede

ser alternativa y simultáneamente abordada por diferentes vocaciones competenciales, y no existe un título específico excluyente que pudiera traer causa del medio utilizado para crear la comunicación comercial. De nuevo, el medio específico a través del cual se canaliza la información no puede ser un título suficiente para excluir la vocación regulatoria de otros títulos.

El art. 11 regula el deber de colaboración de los prestadores de servicios. *Cuando un órgano competente por razón de la materia hubiera ordenado (...) que se interrumpa la prestación de un servicio (...) o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España*, podrá ordenar a los prestadores de servicios que puedan colaborar, *directamente o mediante solicitud motivada* al MCYT, que se suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes o la prestación de cualquier otro servicio. Como ocurría en el art. 8, no se identifica aquí tampoco cuál es el órgano competente. Pero nuevamente resalta de este silencio que ha de serlo el que resulte competente en función de un título sectorial más específico que el que se predique de la regulación de la propia sociedad de la información.

Lo mismo puede y debe decirse del art. 27 LSSI. No es sólo que lo en él dispuesto deba entenderse *además de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente*, sino que el propio título competencial utilizado para imponer la lista de circunstancias sobre las que debe existir una información precontractual previa es un título competencial no excluyente de otros susceptibles de alcanzar idénticos objetivos. Podría pensarse que, aplicándose tales prescripciones a todo tipo de contratos, y no a los específicos contratos con consumidores, no tiene sentido que una reglamentación específica de protección de consumidores produjera una regulación de efectos equivalentes, que realmente no podría ir más allá de lo que establece la LSSI con alcance general³. Puede aceptarse este argumento, pero igualmente debe advertirse que, con el fundamento en el título competencial propio de defensa de los consumidores, la lista de las circunstancias obligatoriamente cubiertas por el deber de información puede exceder de la que figura en el art. 27 LSSI. Por ejemplo, con este título competencial específico de protección de consumidores puede establecerse una norma distinta de la del art. 27.3 LSSI, sobre el período de duración mínima de las ofertas realizadas por vía electrónica. Es claro que con dicho título no puede pretenderse que un contrato se entienda válido y aceptado en cir-

3. El precepto comentado es consciente de su mayor extensión subjetiva frente a las normas específicas de consumo, pues el apartado 2 a) específicamente declara que las obligaciones establecidas en el apartado 1º no pueden ser excluidas convencionalmente cuando el destinatario es un consumidor.

cunstances distintas a las establecidas por la ley estatal, pero sí es posible que la norma autonómica sirva como supuesto de hecho de una tipificación de sanción administrativa.

Lo que acabamos de decir tiene una importancia considerable. Pues estamos afirmando que, si el Estado dispone de un título cualquiera para producir regulación protectora del usuario en general de un servicio, las CCAA no se hallan impedidas de hacer uso de su específica competencia consumerista para imponer normas suplementarias en función de la protección adicional que pueda merecer una clase determinada de usuarios (los destinatarios finales). Naturalmente que debe existir un límite. Y este límite no es otro que el de la proporcionalidad de la medida de protección suplementaria en función de los intereses que se pretenden proteger. Pues es inconcuso que a mayor protección adicional territorializada, mayor número de barreras al mercado interior, y en último extremo alguien deberá practicar la ponderación necesaria entre protección de los consumidores y mantenimiento de la posibilidad de existencia de un mercado interior sin barreras.

Obsérvese que la obligación de información precontractual del art. 27 LSSI no es el supuesto de hecho de ninguna consecuencia civil específica, por lo que queda remitido al régimen sancionatorio administrativo del art. 38. Pero lo mismo ocurre con el incumplimiento de la obligación, que establece el art. 28, de confirmar la recepción de la aceptación hecha por el destinatario de la oferta. Nada se dice en la norma sobre las consecuencias civiles de tan importante precepto (¿se entiende perfeccionado el contrato a pesar de la falta de confirmación?, ¿podrá revocarse la aceptación?), y la única atención que la LSSI presta en el terreno de las consecuencias de la infracción es la configuración de un tipo específico de infracción administrativa [cfr. art. 38.3 d) y 38.4 f)].

Los arts. 15, 16 y 17 LSSI contienen un régimen específico de responsabilidad civil de distintos tipos de prestadores e intermediadores de servicios de la sociedad de la información. Uno de los fundamentos de la responsabilidad que se diseña es que tales prestadores no retiren la información ilícita que hayan almacenado, o hagan imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento de que (...) *un órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella* [art. 15 e) 3ª; igualmente, art. 16.1 b) II y 17 b) II]. En ningún caso se presupone que tal decisión corresponda expresamente al Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Los arts. 19 a 22 LSSI regulan las comunicaciones comerciales por vía electrónica. Los supuestos regulados (información exigida sobre ofertas promocionales y concursos, prohibición de comunicaciones no solicitada o realizadas a través de correo electrónico, derechos de revocación del consentimiento de los destinatarios de las comunicaciones comerciales) ya revelan que se trata de materias susceptibles de una regulación alternativa fundada en títulos competenciales de alcance equivalente. Nuevamente la LSSI es consciente de este solapamiento, cuando en el art. 19.1 constata que estas *comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se regirán, además de por la presente ley, por su normativa propia y la vigente en materia comercial y de publicidad*. O cualquier otra normativa que resulte procedente, pues es claro que el art. 19.1 LSSI no puede arrogarse la función de ser una norma atributiva de competencias regulatorias. Observemos igualmente cómo en los arts. 21 y 22 no se establece ninguna sanción específica de naturaleza jurídico privada, con lo que resulta que todo el supuesto normativo diseñado en tales preceptos por la LSSI se halla enteramente abierto a la incidencia de otros títulos competenciales sectoriales.

Los arts. 23 a 29 LSSI se refieren a la contratación por vía electrónica. El art. 23.1 se apresta a declarar que tales contratos se regirán, entre otros, *en especial, por las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial*.

El art. 33 LSSI determina que los prestadores de servicios podrán dirigirse a los Ministerios de Ciencia y Tecnología y Justicia, y *a los órganos que determinen las respectivas Comunidades Autónomas*, a efectos de conseguir información general sobre sus derechos y obligaciones contractuales *en el marco de la normativa específica aplicable a la contratación electrónica*, o para informarse de los procedimientos de resolución judicial o extrajudicial existentes u obtener datos de las autoridades u organizaciones que puedan facilitarles información adicional o asistencia práctica.

El art. 35 LSSI es la norma fundamental a nuestros efectos, pues parece concebirse a sí misma como una regla delimitadora de competencias. El apartado 1 atribuye al MCYT la competencia para controlar *el cumplimiento por los prestadores de servicios de la sociedad de la información de las obligaciones establecidas en esta ley (...) en lo que se refiere a los servicios propios de la sociedad de la información*. Con todo, la norma ahora glosada contiene dos reservas relevantes, que en definitiva suponen el reconocimiento de que el contenido de regulación de esta ley es materia pluricompetencial. En primer lugar se recuerda

que los órganos administrativos a los que se refieren los arts. 10, 11, 15, 16 y 17 de la ley serán los *que en cada caso lo sean en función de la materia*. A continuación, el fundamental apartado 3 establece una norma de cierre, que no es otra cosa que el reconocimiento de que la distribución de competencias en el territorio normativo de la sociedad de la información sigue abierto y necesitado de criterios de reparto que la propia LSSI ni puede ni quiso aportar: *en todo caso (...) cuando las conductas realizadas por los prestadores de servicios de la sociedad de la información estuvieren sujetas, por razón de la materia de que se trate, a ámbitos competenciales, de tutela o supervisión específicos, con independencia de que se lleven a cabo utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos, los órganos a los que la legislación sectorial atribuya competencias de control, supervisión, inspección o tutela específica ejercerán las funciones que correspondan*.

En el capítulo de infracciones y sanciones se mantiene la ambigüedad relativa al ámbito de aplicación de las prescripciones de la ley en relación con otras normas específicas del sector del comercio electrónico o con normas sectoriales protectoras de intereses de los consumidores. Los prestadores de servicios *están sujetos al régimen sancionador establecido en este Título cuando la presente ley les sea de aplicación* (art. 37 LSSI). Se nos viene a decir que siempre que las prescripciones de esta ley (aunque puedan estar referidas a ámbitos de protección o pertenezcan a sectores de regulación específica, que dispondrán acaso de su propia regulación sancionatoria) sean de aplicación, el régimen sancionador, y las competencias para ello, son los de la LSSI. ¿Mas cuando será de aplicación esta ley, a efectos sancionadores, cuando concorra con otros regímenes normativos que tengan una equivalente vocación de aplicación?. ¿Y qué ocurrirá cuando existan normas propias del régimen jurídico de la sociedad de la información, pero no estén incluidas en la LSSI o en sus normas de desarrollo?.

Hemos visto ya cómo los “órganos administrativos” a que se refieren los arts. 8 y 11 pueden ser órganos autonómicos competentes en virtud de algún título de eficacia sectorial diversa del que ha querido individualizar la LSSI. Mas si las “órdenes” de referencia han sido tomadas en virtud de semejante competencia sectorial, no se comprende cómo puede ser una infracción específica de la LSSI el incumplimiento de las órdenes dictadas en virtud del art. 8 *en aquellos supuestos en que hayan sido dictadas por un órgano administrativo* [art. 38.2 a)] o el incumplimiento de la obligación de suspender la transmisión, alojamiento, acceso u otro servicio de intermediación *cuando un órgano administrativo competente lo ordene* [art. 38.2 d)]. ¿Quién sancionará en tales casos?. El art. 43.1 II

LSSI determina que la competencia en tales casos *corresponderá al órgano que dictó la resolución incumplida*. De nuevo se trata de una curiosa norma. No sólo determina qué normas ha de aplicar una Administración pública distinta de la estatal, y competente por otros títulos diversos del específico de la LSSI, sino que encomienda a Administraciones eventualmente autonómicas la ejecución de normativa sancionadora estatal; incluso detalla qué órgano de esta otra Administración debe actuar, incidiendo con ello en la estructura organizativa interna de Administraciones autónomas.

Si repasamos la lista de infracciones contenida en el art. 38 LSSI advertimos que en no pocos casos se trata de supuestos de hecho que igualmente podrían haber sido regulados sobre la base de un título competencial relativo al comercio interior o a la protección de los consumidores. Así ocurre con los supuestos del art. 38.3 a), b), c), d), art. 38.4 b), c) d), e), f).

Con la salvedad que ya hemos mencionado del art. 43.1 II, la competencia sancionadora corresponde al MCYT (art. 43.1 LSSI). Naturalmente, puede producirse una concurrencia de normas sancionadoras. El art. 44.2 LSSI pretende solucionar esta situación mediante un procedimiento que, realmente, sólo puede imponerse a las CCAA si se entendiera que se trata de una norma básica de la regulación del procedimiento administrativo. Según el precepto, la imposición de una sanción específica de esta ley no impedirá la tramitación y resolución de otro procedimiento sancionador por los órganos competentes en cada caso *cuando la conducta infractora se hubiera cometido utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos y resulte tipificada en otra Ley, siempre que no haya identidad del bien jurídico protegido*. ¿Pero por qué semejante precedencia de los procedimientos sancionadores de la LSSI cuando exista identidad de bien jurídico protegido?. O mejor: ¿porqué una norma que no pretende ser legislación básica del procedimiento administrativo sancionador establece una regla de solución del *bis in idem* (realmente tomada del art. 5.1 del RD 1393/1993) que tenga que imponerse a la legislación sectorial autonómica?. ¿Y si el procedimiento alternativo se ha iniciado o concluido antes de que se proceda a instruir expediente sancionador de la LSSI?. ¿Habría algo así como una litispendencia?. ¿Funciona el principio de prioridad igualmente cuando dos expedientes distintos se han instruido, pero ninguna ha concluido?. Sorprendentemente el art. 44.3 contiene una norma paradójica, pues *no procederá la imposición de sanciones según lo previsto en esta Ley cuando los hechos constitutivos de infracción lo sean también de otra tipificada en la norma sectorial a la que esté sujeto el prestador del servicio y exista identidad del bien jurídico protegido*. La contradic-

ción entre los dos párrafos es manifiesta, pues la “identidad de bien jurídico” no actúa ahora como una barrera para que las “otras” sanciones puedan ser impuestas, cuando ya lo ha sido una sanción específica de la LSSI, sino que de hecho impide que se pueda imponer bajo ninguna circunstancia una sanción específica de la LSSI cuando la conducta esté igualmente tipificada como infracción en una regla sectorial, aunque la sanción correspondiente no haya sido impuesta. ¿Y cómo puede saber el funcionario del MCYT que existe una legislación sectorial (autonómica) aplicable?. ¿Tendrá que interpretar tal norma para saber si existe tal identidad de bien jurídico?. ¿Se inhibirá a favor de los órganos autonómicos, a la espera de que éstos decidan si instruyen expediente sancionador o no?. ¿Hemos, finalmente, de concluir que la LSSI es, desde el punto de vista de su estructura jurídico administrativa, una ley de puro alcance subsidiario, y que cede ante regulaciones más específicas?.

Obsérvese que el art. 44 LSSI no presupone que en todo caso el concurso de normas sancionadoras se corresponda con un concurso ideal de infracciones, en el que el mismo hecho realiza dos transgresiones diversas tipificadas en dos normas represivas distintas. Ello sólo ocurrirá cuando exista “diversidad de bienes jurídicos tutelados”. Si no existe esta diversidad, estaremos ante un puro concurso de normas represivas, sujeto al *non bis in idem*. Pero la norma es sorprendente, pues ni da elementos para saber dónde puede hallarse la clave para averiguar si la infracción afecta o no a bienes jurídicos dispares y, caso de que ello no ocurra, provee una solución paradójica: si la sanción propia de la LSSI se ha impuesto antes, no se podrá imponer otra sanción por una infracción que no afecte a un distinto bien jurídico; pero si existe esta concurrencia susceptible de incurrir en un caso de bis in idem la sanción LSSI no debería imponerse nunca (¿)⁴.

15. Normas relativas a servicios de la sociedad de la información en leyes consumeristas sectoriales

Hemos dicho que existen otras leyes, y los correspondientes títulos competenciales para producirlas, que pueden tener como materia regulable determinados supuestos de hecho que se corresponden con la definición de “servicios de la sociedad de la información”. Nos referiremos a algunas de ellas:

4. Sobre la concurrencia de normas sancionadoras administrativas y el concurso de infracciones, por todo Rebollo, en Bercovitz / Salas, *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, 1992, págs. 889-897 y Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 3ª edic., 2002, págs. 439 y ss.

- (i) La Ley 7/1996 (LOCM, modificada por Ley 47/2002) considera las ventas a distancia como un tipo especial de venta (art. 36). A pesar de lo que establece la LSSI, el art. 37 LOCM impone – con carácter de norma básica- que este tipo de ventas “deben” contar con una autorización autonómica, que será estatal cuando las propuestas de venta a distancia se difundan por más de una Comunidad Autónoma (art. 38.2). Es claro que las ventas realizadas por medios de dispositivos electrónicos constituyen un supuesto del género de ventas a distancia del art. 38 (junto a la venta por catálogo, venta televisiva, venta telefónica, etc). Los arts. 39 y 40 contienen una lista de deberes de información precontractual. El art. 41 establece que el silencio no valdrá nunca como aceptación, y el art. 42 regula el destino de los envíos no solicitados. El art. 43 determina el plazo de cumplimiento y pago. Los arts. 44 y 45 regulan el derecho de desistimiento del consumidor. El art. 46 reglamenta el pago realizado mediante tarjetas de crédito y el art. 47 impone los contenidos informativos que tienen que haberse comunicado al consumidor en el momento de la ejecución del contrato. A estas reglas específicas de la contratación a distancia (una clase de la cual es el comercio electrónico) hay que contar con la existencia de reglas más generales que se refieren a prácticas contractuales que pueden ser desempeñadas también por medio del comercio electrónico; así, las reglas que contiene el art. 33 sobre la entrega de obsequios y regalos.
- (ii) Téngase presente que la LOCM es *específicamente* una ley cuyo ámbito de aplicación queda reducido a las ventas al consumo (art. 1.2), aunque no es una ley cuya finalidad exclusiva sea la protección al consumidor. Los tipos de infracción se delimitan por la ley estatal, pero la competencia sancionadora corresponde a las CCAA (art. 63.1 II).
- (iii) La Ley de Castilla-La Mancha 3/1995, del Estatuto del consumidor de Castilla-La Mancha, establece en su art. 33 que *se consideran infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios las que así vengan establecidas por la legislación vigente*. En el momento en que tal norma se promulga, la remisión prácticamente se agotaba en el art. 34 LCU y en el RD 1945/1983. Pero la norma de Castilla-La Mancha contiene una remisión abierta a toda legislación estatal o autonómica que, producida en el ámbito de las respectivas competencias, contenga una tipificación de infracciones consistentes en conductas contrarias a los intereses de los consumidores. Hay que tener en cuenta esta particularidad de la

ley castellano-manchega, que en el fondo significa que los órganos competentes de CLM pueden sancionar conductas tipificadas en normas estatales distintas de la LCU, siempre que se trate de una tipificación de conductas producida en el seno de un régimen jurídico de protección de los intereses de los consumidores, con independencia del título competencial que el autor de la norma haya hecho valer para producirla.

- (iv) La Ley 7/1998, de Ordenación del comercio minorista de Castilla-La Mancha somete en su art. 34.2 a autorización previa las ventas a distancia, cumpliendo así la exigencia de la LOCM, pero sólo cuando se trate de ventas en las que la propuesta de contratación se difunda por medios limitados a la propia Comunidad Autónoma. Básicamente, entonces, en CLM no existe ningún régimen autorizatorio previsto para las ventas realizadas por medios electrónicos y telemáticos, pues el medio de difusión es, por definición, supracomunitario. La Ley no contiene ninguna regulación adicional de las ventas a distancia, asumiendo lo dispuesto en la LOCM. Pero la lista de infracciones tipificadas en el art. 49 sí delimita conductas que pueden producirse en el contexto de una contratación electrónica a distancia. Así, la limitación al derecho de desistimiento reconocido por la ley, el incumplimiento del plazo legal de entrega de obsequios y regalos, las ofertas en ventas a distancia en las que se omiten los datos legalmente exigidos, el incumplimiento de las obligaciones relativas a la ejecución y pago en contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, la realización de actividades promocionales sin ajustarse a las prescripciones legales, el incumplimiento de los deberes de información o publicidad frente a los adquirentes.

16. Descripción de la regulación protectora de los consumidores y su adscripción competencial

En este apartado procederemos a realizar una exposición de las reglas de la LSSI y de otras leyes sectoriales que contienen normas materiales protectoras de los consumidores.

- (i) Las Administraciones competentes pueden adoptar medidas necesarias para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para retirar datos, cuando un determinado servicio de la sociedad de la información atente a la protección de los consumidores. Si

para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación del servicio o la retirada de datos procedentes de un prestador establecido en otro Estado, estima el órgano competente que es necesario impedir el acceso desde España, podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España que tomen las medidas necesarias para impedir dicho acceso (art. 8 LSSI).

Se trata de una norma que atribuye las competencias descritas a las Administraciones competentes en materia de protección de consumidores. Si el bien jurídico protegido que se intenta salvaguardar con esta media es precisamente el principio de protección de los consumidores, la competencia para adoptar tales medidas será de la Administración pública competente en esta materia.

- (ii) Los prestadores de servicios estarán obligados a disponer de los medios que permitan a los destinatarios o a las autoridades competentes acceder por medios electrónicos y de forma directa y gratuita a la siguiente información: datos identificativos del prestador; inscripción en el Registro Mercantil; datos relativos a la autorización que pueda ser exigible; circunstancias relativas a su titulación profesional; información exacta del precio del producto o servicio, identificando si incluye o no los impuestos, y de los gastos de envío; códigos de conducta a que estuviese adherido. Esta información se considerará cumplida si tales datos se incluyen en la página o sitio de Internet (art. 10 LSSI).

Esta no es *específicamente* una norma consumerista, pues la protección del destinatario que en ella se dispensa no depende de su cualificación como destinatario final en el sentido del art. 1 LCU. Por tanto, salvo que exista una norma estatal (distinta de la LSSI) o autonómica que establezca un deber equivalente, o más intenso, en función de la condición del destinatario final de tales servicios como consumidor, la Administración castellano-manchega competente no puede considerar que la infracción de tal deber se encuentra amparado por la tipificación genérica por remisión del art. 33 del Estatuto de los Consumidores de CLM. De acuerdo entonces a los arts. 38.3, 38.4 y 43 LSSI, la competencia sancionadora correspondería en estos casos al MCYT.

- (iii) El deber de retención de datos de tráfico relativo a las comunicaciones electrónicas, del art. 12 LSSI, no es una norma específicamente consume-

rista. Como su finalidad de protección atiende a intereses jurídicos específicos del régimen de protección de datos, la Administración castellano-manchega carece de competencias que puedan sustituir a las que el art. 38.2 c) LSSI atribuye al MCYT.

- (iv) La responsabilidad civil que diseñan los arts. 13 a 17 LSSI (operadores y proveedores de acceso, prestadores de servicios de copia temporal, prestadores de servicios de alojamiento, prestadores de servicios que faciliten enlaces o instrumentos de búsqueda) constituye un régimen de responsabilidad de Derecho privado⁵. La Administración castellano-manchega carece de competencias para reconducir tales regímenes de responsabilidad a supuestos de hechos de infracciones administrativas. Con todo, sería posible que una norma específicamente sustentada en el título competencial específico de protección de los consumidores estableciera un régimen paralelo de responsabilidad administrativa construido sobre los mismos criterios que los utilizados en la LSSI. Por lo demás, en el art. 38 LSSI no existe una cláusula genérica de infracción consistente en la violación de preceptos legales, que pudiera ser utilizada por la Administración autonómica para considerar satisfecho el requisito de tipificación de la infracción, como infracción de consumo.
- (v) Las Administraciones públicas impulsarán la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores. En la elaboración de tales códigos ha de garantizarse la participación de las asociaciones de consumidores. Estos códigos deberán ser accesibles por vía electrónica (art. 18).

Sin duda, la Administración castellano-manchega, competente en materia de consumo, es destinataria de esta norma, que contiene una habilitación competencial, por demás de tipo obvio.

- (vi) Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deben ser claramente identificables como tales y deberán identificar a la persona en nombre de la cual se realizan. Deberán incluir al comienzo del mensaje la palabra “publicidad”. En los supuestos de ofertas promocionales, previa la

5. Sobre el mismo, cfr. Clemente Meoro, *La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, en Ponencias de las Jornadas de Derecho Civil de las Palmas de Gran Canaria, 2002.

correspondiente autorización, se deberá asegurar del cumplimiento de los requisitos anteriores y de las normas de ordenación del comercio, y que las condiciones de acceso o participación se expresen de forma clara e inequívoca (art. 20 LSSI).

La norma remite al cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 18, 19, 20, 21, 32, 33 de la LOCM, o de la correspondiente norma autonómica, así como a los arts. 8.1, 9 y 13 LCU. Aunque el art. 38.4 c) LSSI considera que el incumplimiento de tales deberes constituye infracción específica de la LSSI, se trata claramente de un caso de concurrencia de protecciones sobre un mismo interés jurídico. La Administración castellano-manchega es plenamente competente, no sólo para aplicar las normas oportunas específicas de las leyes de comercio y de consumidores, sino para instruir el expediente sancionador por la comisión de la infracción del precepto citado de la LSSI. Ni el título competencial de telecomunicaciones ni ningún otro de los alegados por el Estado para promulgar la LSSI puede cubrir semejante competencia. El art. 33 del Estatuto del Consumidor de CLM garantiza que la infracción se halle conveniente tipificada para el ámbito de la propia Comunidad Autónoma como infracción en materia de consumo.

- (vii) Prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica (art. 21 LSSI). El art. 22 regula el modo en que se entiende prestado tal consentimiento y la forma de revocación del mismo. Los arts. 38.3 b) y 38.4 d) tipifican estas conductas como infracciones específicas de la LSSI.

Debe aquí reproducirse lo ya dicho en el apartado anterior, y afirmar en los mismos términos la competencia autonómica.

- (viii) El prestador de servicios que realice actividades de contratación tendrá la obligación de informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca, y antes de iniciar el procedimiento de contratación, sobre los siguientes extremos: trámites a seguir para contratar; si el documento en que se formalice el contrato será archivado y accesible; medios técnicos para identificar y corregir errores, lengua o lenguas. Las ofertas serán válidas durante el período que fija el oferente o, en su defecto, durante el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio. Con carácter previo al inicio del procedimiento, el prestador del servicio debe poner

a disposición del destinatario las condiciones generales del contrato, de modo que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario (art.27 LSSI).

Los arts. 38.3 c) y 38.4 e) tipifican como infracciones específicas de la LSSI las conductas incumplidoras de tales deberes.

Como demuestra el art. 27.2 a), la finalidad de protección de esta norma es típicamente consumerista. Una vez más hemos de afirmar que, merced a la particular estructura remisiva del art. 33 del Estatuto de Consumidores de CLM, la LSSI tipifica infracciones que valen como infracciones de consumo de esta Comunidad Autónoma.

- (ix) El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación hecha por el destinatario, por alguno de los medios establecidos en el art. 28.1 LSSI. Si es el destinatario el que debe confirmar, el prestador pondrá a disposición de aquél alguno de los medios en cuestión. El art. 38.3 d) tipifica la correspondiente infracción.

Como demuestra el art. 28.3 a), se trata también aquí de una norma consumerista. Además, la LSSI no ha previsto ninguna consecuencia jurídica privada derivada del hecho del incumplimiento del deber en cuestión. Entendemos entonces que la competencia corresponde a la Administración de Castilla-La Mancha.

- (x) Los arts. 30 y 31 LSSI regulan la acción de cesación contra las conductas contrarias a la presente ley que lesionen los intereses colectivos o difusos de los consumidores. Se trata de una regulación procesal, y las Administraciones públicas son incompetentes en cuanto a una regulación paralela. Pero el art. 31 e) de la ley habilita competencialmente a los órganos competentes de las CCAA para actuar como partes, con legitimación activa, en los correspondientes procesos civiles. Igualmente ocurre con las asociaciones de consumidores que reúnan los requisitos establecidos en la legislación autonómica.
- (xi) Si la normativa específica así lo establece (y deberá ser normativa estatal, dados los términos del RD 636/1993), podrán utilizarse medios electrónicos en los procedimientos arbitrales de consumo (art. 32 LSSI). Los órganos arbitrales comunicarán al Ministerio de Justicia los laudos y decisio-

nes que revistan importancia para la prestación de tales servicios y el comercio electrónico.

- (xii) Todo incentivo promocional que se haga en comunicaciones comerciales electrónicas o de otro tipo deberá ser entregado a los compradores en el plazo que determinen las CCAA, y, a falta de plazo específico (es el caso de Castilla-La Mancha), en el plazo de tres meses desde que el comprador reúna los requisitos exigidos (art. 33 LOCM).
- (xiii) En toda propuesta de contratación a distancia ha de constar que se trata de una oferta comercial y se deberá incluir, al menos, los siguientes extremos: identidad del proveedor, características especiales del producto, precio y gastos de transporte, forma de pago, modalidades de entrega, plazo de validez de la oferta (art. 39 y 40 LOCM).

Se trata de un deber de actuación cuyo incumplimiento se corresponde con un tipo de infracción administrativa específica de protección de consumidores.

- (xiv) El prestador del servicio de la sociedad de la información que realice las propuestas comerciales no puede imponer como aceptación el silencio del destinatario (art. 41 LOCM).
- (xv) Si la oferta no indica un plazo distinto, el prestador del servicio debe cumplir su obligación de entrega en el plazo de treinta días desde la aceptación. Por principio, no puede exigirse pago antes de la entrega (art. 43 LOCM).

Se impone un deber cuya violación constituye infracción propia de consumo.

- (xvi) Como regla, el comprador puede desistir de la compra, sin que ello comporte penalidad alguna salvo la satisfacción de los gastos directos de devolución (art. 44 LOCM). El art. 4 RD 1906/1999 desarrolla (y circunstancialmente contradice) esta regla legal.

Además de las consecuencias civiles específicas de la omisión de este deber, la violación de la norma constituye supuesto de infracción típica de consumo.

- (xvii) Cuando el importe de una compra hubiese sido cargado utilizando el número de una tarjeta de crédito, sin que ésta hubiese sido presentada físicamente o identificada electrónicamente, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo (art. 46 LOCM).
- (xviii) A la ejecución del contrato, el comprador debe haber recibido toda la información exigida por el art. 40, y, además: dirección de uno de los establecimientos del vendedor, así como su domicilio social; condiciones de crédito o pago escalonado; documento de revocación o desistimiento (art. 47 LOCM).

La infracción administrativa correspondiente es típicamente consumerista. Las consecuencias jurídico privadas constituyen materias reservadas al Estado.

- (xix) Según el art. 2 RD 1906/1999, previamente a la celebración de un contrato a distancia, y con tres días como mínimo de antelación necesaria, el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo eficaz, veraz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato, y remitirle el texto completo de las condiciones generales por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia.
- (xx) Conforme al art. 3 de la norma citada, celebrado el contrato, el predisponente deberá enviar al adherente, a más tardar en el momento de entrega de la cosa o comienzo de ejecución del contrato, justificación por escrito, o, a propuesta del adherente, por otro medio adecuado que puede servir de soporte duradero, relativa a la contratación efectuada, donde deberán constar todos los términos de la misma. Se exceptúan de este deber los supuestos recogidos en el apartado 2 de la norma.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 24 Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, la competencia sancionadora estatal corresponde al Ministerio de Justicia, y sólo para los casos allí determinados. La norma expresamente salva el régimen de infracciones administrativas que pueda existir en la legislación autonómica. Es evidente que la LSSI no puede pretender cubrir con el título competencial relativo al régimen de telecomunicaciones un régimen sancionador específico a supuestos como los aquí descritos. Pero sí cabe en el régimen sancionador de protección de los consumidores, y la eventual tipificación que

se contenga en la LOCM o en la LSSI sirve como tipificación a los efectos del art. 33 del Estatuto de Consumidores de Castilla-La Mancha. Esta circunstancia no variará aunque se haya modificado la LOCM por la reforma operada por la Ley 47/2002, disponiéndose en el nuevo art. 38.6 LOCM que “cuando la contratación a distancia de bienes y servicios se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”. Pues, como ya hemos explicado, es precisamente en esta normativa sectorial donde se contiene o puede contener una tipificación a la que el art. 33 Estatuto de Consumidores de CLM remita, como infracción de consumo.

- (xxi) Finalmente, debe tenerse en cuenta que tanto la regulación de las ventas o negocios a distancia como la específica de los prestadores de servicios de la sociedad de la información son regulaciones relativas al medio de contratación o al canal a través del cual se emiten las declaraciones contractuales. Pero ninguna de esta regulación excluye la aplicación de las normas específicamente reguladoras de contenidos contractuales. Es decir, que la LSSI es compatible con la regulación material del régimen de viajes combinados o con el régimen de la contratación turístico o la celebración de contratos de crédito o de aprovechamientos por turno. En la medida en que tales normas regulen relaciones jurídicas específicas de consumo, habrá aplicación simultánea de las respectivas regulaciones. Pensemos, por ejemplo, en la obligación de suministrar información específicamente regulada en el art. 3 de la Ley de Viajes Combinados.

17. Ámbito de aplicación de la LSSI y ámbito de aplicación de la normativa de consumo

17.1. Los criterios de aplicación territorial de la LSSI.

La LSSI sigue un sistema complejo para determinar el ámbito de aplicación de sus propias normas, de la LSSI en su conjunto y como tal, y de las normas materiales españolas que eventualmente son reclamadas en aplicación por la propia LSSI.

La LSSI se aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España, entendiéndose que tal cosa ocurre cuando la gestión centralizada de sus negocios radique en España (art. 2.1). También se

aplica la ley en su conjunto a los prestadores de servicios domiciliados o residentes fuera de España pero que dispongan en España de un establecimiento permanente (art. 2.2). No se considera que exista establecimiento en España por el solo empleo de medios tecnológicos situados en España (art. 2.3 II).

La LSSI se aplicará a prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la UE o del EEE cuando –a los efectos que nos importan ahora– (i) el destinatario radique en España y (ii) los servicios afecten a obligaciones nacidas en contratos con consumidores o a la licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio electrónico, cuando se trate de comunicaciones no solicitadas, (art. 3.1). Ahora bien, el art. 3.4 LSSI establece que no se aplicará la LSSI (ni otras normas españolas) si “las normas reguladoras de las materias enumeradas” establecieran que no sería de aplicación la ley del país en que resida o esté establecido el destinatario del servicio. Tales “normas reguladoras” no pueden ser otras que las normas de Derecho internacional privado vigentes en España. En el caso presente, el art. 5 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que determina sustancialmente que la ley aplicable a las relaciones comerciales en las que intervenga un consumidor serán las del país en que éste tenga residencia habitual, siempre que el empresario se haya dirigido de alguna manera a este consumidor pasivo para promover o celebrar el contrato.

De acuerdo al art. 5 del Convenio de Roma, pues, se aplicaría la LSSI, tal como establece el art. 3.1, pues el destinatario consumidor tiene su residencia en España, y este criterio de conexión es sustancialmente el utilizado por el Convenio para determinar la ley aplicable.

Continúa el art. 3.3 complicando el sistema de ley aplicable cuando, supuesta que se da ya la condición del art. 3.4, establece que, en tal caso, no sólo se aplicará la LSSI sino también “el resto de las normas del ordenamiento jurídico español que regulan las materias señaladas”; en nuestro caso, las materias que regulan las relaciones entre consumidores y empresarios. Es decir, tal regulación depende en su aplicación de que, de acuerdo con el régimen de Derecho internacional privado vigente en España, fuera aplicable la ley de la residencia habitual del destinatario.

Para los prestadores de servicios no establecidos en la UE o EEE, el art. 4.1 LSSI establece que se les aplicarán los arts. 7.2 y 8 de la Ley. Además de ellos, *los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español*

quedarán sujetos a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales.

La aplicación incondicional del art. 8 LSSI a este tipo de prestadores vuelve a introducir un criterio de aplicación que utiliza factores consumeristas, igual que hacía el art. 3 para los prestadores de servicios establecidos en la UE y EEE. En efecto, según el precepto, y por lo que importa a nuestra actual consideración, *los órganos competentes para la protección de (...) la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores*, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación o para que se retiren los datos que vulneran esta protección. Ya conocemos el procedimiento y límites que los apartados siguientes de este precepto imponen a semejante actuación.

Más allá de tales reglas generales de delimitación de ámbito de aplicación de la LSSI, existirán otras normas que por su propia configuración no podrán aplicarse a determinados prestadores de servicios. Así, la obligación impuesta en el art. 9 de hacer constar en el Registro Mercantil el nombre de dominio del prestador sólo será aplicable a las empresas que estén sujetas a inscripción, siquiera facultativa, en el Registro Mercantil. Igualmente ocurre con las obligaciones de información establecidas en las letras a) y b) del art. 10.1 LSSI.

El art. 26 LSSI regula la ley aplicable a los contratos electrónicos, y remite al régimen general de Derecho internacional privado español. Mas de nuevo se trata de una norma específica del régimen de Derecho privado, único al que pueden referirse tales normas. Hemos de observar, además, que la ley española eventualmente aplicable no tiene que ser (ni será) exclusivamente la LSSI. Incluso pueden ser otras normas jurídico privadas españolas, y no serlo la LSSI. Pues teóricamente al menos cabe la posibilidad de que la LSSI no resulte como tal aplicable por los arts. 3 y 4 de la misma, y que sin embargo sí resulten aplicables otras normas de Derecho material español, como consecuencia de la aplicación de las reglas generales de Derecho internacional privado.

Existen condicionantes de tipo fáctico para la aplicación universal de otras reglas establecidas en la LSSI. Así ocurre con el deber de colaboración impuesto en el art. 11, que sólo es practicable respecto de empresas prestadoras de servicios que tengan una estructura y un grado de establecimiento que permitan atender en cada territorio al cumplimiento de este deber.

17.2. Los criterios de aplicación de las normas de protección de consumidores de Castilla-La Mancha.

Ha de observarse que este trabado sistema no puede aplicarse a las normas jurídico públicas, autonómicas normalmente, relativas a la protección de los consumidores. El Derecho público no sigue en su aplicación el sistema de Derecho internacional privado, sino la pura aplicación territorial. Por tanto, las normas de Derecho público autonómico, y especialmente el Derecho sancionador, se aplicarán cuando las conductas contempladas por la norma se realicen en el ámbito de aplicación territorial de la ley autonómica, con independencia del lugar de establecimiento o de las normas de Derecho internacional privado; adicionalmente, las normas jurídico públicas de naturaleza autonómica no pueden pretender una aplicación territorial que exceda los límites territoriales de la propia Comunidad⁶.

A ello ayuda el art. 29 I LSSI, que es una norma de eficacia independiente de los efectos jurídico privados o públicos que se quieran aplicar. Pues esta norma establece como regla de eficacia (pública o privada) universal que los contratos electrónicos celebrados por un consumidor radicado en España se entienden celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Obsérvese que la norma no se limita a sancionar que el destinatario consumidor que emite en España su declaración de voluntad realiza *aquí* actos relevantes y necesarios para la celebración del contrato, precedidos de una oferta o publicidad del prestador domiciliado en el extranjero (que es lo que exigen los arts. 5 del Convenio de Roma, 22.4 LOPJ y 13.3 del Convenio de Bruselas, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, para que pueda hablarse de consumidor “pasivo” merecedor de una tutela privilegiada), sino que afirma que el contrato como tal se ha celebrado en España⁷. Se dan todas las condiciones para que los elementos del supuesto de hecho del consumidor “pasivo” se den incondicionalmente y con carácter normativo, con independencia de lo que hayan pactado las partes y del curso que haya seguido el proceso de formación contractual.

La “celebración del contrato en España”, que se predica legalmente con la fuerza de una presunción irrefragable por prueba o pacto en contrario, determi-

6. Con carácter general, sobre criterios de asignación territorial de la competencia sancionadora, Rebollo Puig / Izquierdo Carrasco, *Responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final*, Estudios de Consumo 56 (2001), págs. 69 y ss, 90 y ss.

7. Sobre la situación actual en el Convenio de Bruselas y en – todavía no en vigor- Reglamento de Bruselas, cfr. Virgós / Garcimartín, *Derecho procesal civil internacional*, 2000, pág. 120.

na y aísla, igualmente, el lugar en que se entiende cometida la infracción, que es el criterio predominante de reparto territorial de competencias sancionadoras en la doctrina de los tribunales⁸. Si el contrato se entiende celebrado aquí, éste se convierte en el elemento preponderante de todo el curso comercial, pues al contrato quedan referidas las prácticas pre o postcontractuales que tengan lugar como entorno de este contrato.

Lo dicho ha de entenderse con la salvedad de que la propia norma autonómica excepcione su propia aplicación. Por ejemplo, considerando infracción la práctica comercial correspondiente sin disponer de licencia, y establecer que tal licencia autonómica sólo será exigible si el prestador está establecido en Castilla-La Mancha, o si se realiza la difusión de las comunicaciones de modo exclusivo en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha.

17.3. Dos particularidades en el reparto competencial.

El régimen general sancionador de consumo encuentra dos particularidades, una referida a la materia propia de la sociedad de la información, y la otra que es específica de Castilla-La Mancha.

La primera particularidad proviene de que la prestación que contractualmente se suministra en red no es normalmente un producto, sino un servicio, o que, en cualquier caso, el régimen de protección específico de la regulación de la LSSI lo es en función del medio, no del producto final que a través de él se pueda comprar o vender. Al no tratarse en puridad de infracciones relativas a productos de consumo, no pueden aplicarse los criterios de reparto y preferencia territorial contenido en el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Consumo de 10 de noviembre de 1997. Las infracciones de consumo siguen plenamente la regla de la comisión universal y ubicua, y el criterio preferencial por el lugar de establecimiento no se ha impuesto todavía normativamente en este ámbito, como prueba la propia excepción que se hace en el Acuerdo respecto de los servicios. En cualquier caso, la aplicación analógica de este Acuerdo resultaría imposible cuando el prestador de servicios no tuviera establecimiento en España, aunque de hecho se le acabara aplicando la LSSI, en virtud de lo dispuesto en los arts. 3 y 4 de esta Ley⁹.

8. Cfr. Rebollo / Izquierdo, Responsabilidad, cit., pag. 91; Carrasco (director), *Estudio del Derecho de Consumo en España*, V.5 (en publicación).

9. Cfr., sobre el alcance y límites de este Acuerdo de la Conferencia sectorial de consumo, Carrasco (director), *Estudio*, cit., V.5.2

El Acuerdo a que nos referimos no serviría, pues, para quitar u otorgar competencias ni delimitar la aplicación territorial de las normas de Derecho público. Con todo, nos podría servir de apoyo para encontrar una solución analógica a los conflictos de concurrencia entre varias CCAA competentes, ya que entonces, de acuerdo a los criterios utilizados por el Acuerdo, la competencia prevalente a falta de establecimiento será la de la Comunidad que primero acuerde iniciar el procedimiento sancionador.

Una segunda particularidad deriva del art. 33 del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha, en el sentido ya explicado. Hemos expuesto anteriormente que existen tipos de infracción administrativa tipificados en la LSSI que propiamente son infracciones de consumo, y que no existe otro título competencial específico que puede sostenerlas. Estos tipos de infracción por incumplimiento de deberes establecidos en la propia LSSI han sido asumidos en virtud de la remisión abierta del art. 33 de la ley de Castilla-La Mancha, por lo que sus condiciones de aplicación territorial son las propias del Derecho público autonómico, no las específicas de la LSSI, que se concibe a sí misma como ley cuya aplicación se determina en virtud de las reglas de Derecho internacional privado.

Esto quiere decir, también, que las restricciones que los arts. 4 y 8 establecen respecto de la aplicación de normas de protección a los prestadores de servicios radicados fuera de la UE o del EEE no son decisivas para delimitar la competencia de actuación autonómica. En primer lugar, de acuerdo con lo dicho, porque la aplicación de las normas autonómicas de Derecho público no sigue el sistema de reparto que resulta de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado. En segundo lugar, porque una norma estatal que no ha sido producida sobre la base de un título de legislación básica que pueda imponerse a la competencia autonómica en materia de protección de consumidores, no puede determinar el modo en que las CCAA han de ejercer sus competencias relativas a títulos competenciales específicos para la defensa del consumidor.

No obstante lo dicho, existen limitaciones de tipo fáctico que condicionan en su ejercicio efectivo las competencias territoriales de las CCAA en el cumplimiento de sus títulos competenciales. Es evidente que, aunque se trate de una norma generalizable a todo prestador por virtud de los arts. 3 y 4 LSSI, las obligaciones (consumeristas) establecidas en el art. 20.2, relativas al cumplimiento de los requisitos legales exigidos para realizar ofertas promocionales, no podrán ser eficazmente exigidas a prestadores de servicios no establecidos en el territorio correspondiente a la jurisdicción de la Administración competente. Mucho

más evidente resulta la prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas que se contiene en el art. 21 LSSI. Semejante prohibición sólo es fácticamente eficaz respecto de operadores establecidos en el territorio en el que la autoridad oportuna ejerce sus competencias. También las autoridades autonómicas pueden exigir (y sancionar en caso contrario) el cumplimiento de los deberes de información precontractual y postcontractual de los arts. 27 y 28 LSSI. Pero igualmente aquí resultan limitaciones fácticas a esta aplicación, y al ejercicio correspondiente de las competencias autonómicas.

18. Conclusión: la concurrencia de competencias en la LSSI y la protección de los consumidores en la sociedad de la información

Podemos sintetizar el recorrido normativo realizado a través de la LSSI.

- (i) No existe un título competencial específico sobre “sociedad de la información” en su conjunto, ni sobre “servicios de la sociedad de la información”. Ni tan siquiera puede decirse que el “ámbito normativo coordinado” designe un espacio normativo propio de las competencias estatales reservadas en función de la eclosión de la sociedad de la información. El Estado ofrece en la LSSI una regulación determinada de la “sociedad de la información” sobre la base de dos títulos competenciales propios (Derecho privado y Telecomunicaciones). Las CCAA pueden hacer lo propio sobre la base de títulos competenciales específicos, como puede ser el de la protección de consumidores.
- (ii) Las materias reguladas en la LSSI son en gran medida materias que pueden corresponder a un título competencial normativo o ejecutivo que se defina en función de la finalidad de protección de la norma (finalidad de protección de consumidores, en nuestro caso). En este caso, la LSSI expresamente reconoce la existencia de estos títulos concurrentes y la posibilidad de que sean actuados para producir una normativa propia y diversa, que pueda afectar a los servicios de la sociedad de la información.
- (iii) La LSSI delimita a través de un complejo sistema la aplicación en el espacio de la propia ley, y del resto de normas jurídico privadas sujetas a los efectos de las reglas españolas de Derecho internacional privado. Esta delimitación carece de eficacia cuando se trata de decidir sobre la aplicación territorial de la normativa específica de Derecho público de las

CCAA. Las CCAA actúan siempre sobre su espacio, e imponen sus normas con independencia de que la LSSI resulte o no aplicable, conforme a sus propios criterios de aplicación.

- (iv) La regla fundamental del sistema diseñado en la LSSI (a saber, la libertad de operar estos servicios sin necesidad de autorizaciones administrativas) no impide que estas autorizaciones puedan ser impuestas sobre la base de competencias específicas actuadas por las CCAA para regular la actividad comercial en su conjunto, o la actividad comercial realizada en forma de contratación a distancia. O, en general, una autorización comercial que eventualmente se exigiera en todo tipo de contratación con consumidores.
- (v) Paradójicamente, del art. 1.2 de la LSSI resultaría que esta ley ni tiene ni pudo tener como objeto la protección de los consumidores, pues semejante función correspondería a normas producidas por un título competencial específico. Pero una comprensión tal del problema sería irreal. De hecho, el art. 3.1 a) LSSI –al que ya nos hemos referido– prueba que, en materia de consumidores, la propia ley considera que tiene un contenido de protección; de otra forma no se entendería su empeño en ser aplicada a negocios celebrados por prestadores de servicios situados fuera de España.
- (vi) Hay títulos competenciales que se definen en función de la materia objeto de regulación. Estos títulos coexisten con la regulación específica de la LSSI, y, además, son de naturaleza más específica. La LSSI respeta la independencia de tales títulos, y, en consecuencia, la existencia de una regulación parcialmente paralela o diversa, que pueda tener también como objeto “servicios de la sociedad de la información”.
- (vii) Existen poquísimos supuestos de infracción tipificadas en el art. 38 LSSI que puedan considerarse cubiertos por el único título competencial hecho valer por el Estado para producir el Derecho público de la LSSI: la competencia sobre la regulación de las telecomunicaciones.
- (viii) La LSSI parece pretender un único espacio de exclusividad. La pretensión del legislador es excluir que pueda existir cualquier regulación diversa a la de la LSSI, que tenga como ocasión o como objeto regular el comercio por medios electrónicos, siempre que esta regulación alternativa no se

incluya en un materia más amplia, como pueda ser la regulación genérica del comercio, de la publicidad, de la protección de los consumidores, de la venta a distancia, etc.

- (ix) Inconsecuentemente, la LSSI crea reglas de derecho cuya ejecución atribuye a órganos que pueden ser órganos administrativos no estatales y que resulten habilitados por normas distintas de la LSSI.
- (x) El sistema de reparto de la competencia sancionadora es incongruente en la LSSI. De un lado porque pretende establecer reglas vinculantes a las distintas Administraciones autonómicas que tengan competencia por un título específico distinto del que el Estado puede haber hecho valer para producir la LSSI. De otro, porque pretende condicionar o excluir el ejercicio autonómico de su propia y exclusiva competencia, cuando se haya ejercitado primeramente la competencia sancionatoria del MCYT. Finalmente, porque la norma acaba dando a entender que la propia competencia sancionadora del MCYT es exclusivamente supletoria de otros regímenes sancionadores cualesquiera que tengan por objeto proteger el mismo bien jurídico que el que motivó la promulgación de la LSSI.
- (xi) En la LSSI hay normas específicamente “consumeristas” [cfr. arts 3.1 d), 27.2 a) y 28.2 a)] y existen otras normas que generalizan a cualquier destinatario de servicios de la sociedad de la información un régimen que nació y se desarrolló, antes de la LSSI, como régimen de protección específico para consumidores. Esta absorción y generalización de la protección no puede significar que queden igualmente absorbidas o abolidas normas preexistentes (especialmente no estatales) que ya establecían un régimen de protección específico para consumidores en el ámbito de la contratación electrónica o a distancia. Así resulta reconocido en el art. 23.1 LSSI, por lo que se refiere a contratación electrónica. Podemos dejar abierta la cuestión (cuya resolución es aquí innecesaria) de si el Estado disponía de título competencial suficiente para producir todas las normas que se contienen en la LSSI y que protegen al usuario genérico en un modo de regulación que no es de Derecho privado. Lo que ha de quedar fuera de duda es que las CCAA tienen competencia para (a) mantener las normas equivalentes que al respecto tenían, y que se referían a consumidores, (b) producir normas de protección suplementarias destinadas a consumidores.

- (xii) En el seno del art. 33 del Estatuto de los Consumidores de Castilla-La Mancha, toda tipificación estatal de infracciones determinadas por la protección del destinatario final en cuanto consumidor, es una tipificación que sirve como tipificación autonómica de consumo. Pero si la tipificación estatal de conductas y sanciones se realiza en función de la protección de un usuario genérico (consumidor o no consumidor), CLM, que puede producir o mantener normativa consumerista suplementaria, no puede servirse de aquella tipificación estatal como tipificación de infracciones a efectos del art. 33 del Estatuto de los Consumidores.
- (xiii) Específicamente respecto de la imposición de deberes de información pre o postcontractual (arts. 10, 27 y 28 LSSI), las CCAA con competencia en materia de comercio interior o protección de consumidores pueden imponer regulaciones adicionales o diversas a la contenida en la LSSI.
- (xiv) Cuando una norma propia de la LSSI pretenda proteger genéricamente a los usuarios de un servicio como clase, esta regulación no excluye que las Comunidades Autónomas puedan proveer una protección suplementaria sobre la base de su competencia específica en materia de consumidores, siempre que, conforme al principio de proporcionalidad, exista una necesidad o justificación para esta protección adicional, que pudiera ponderarse con el necesario principio de mercado interior. El principio de salvaguarda del mercado interior en la sociedad de la información, creado por la Directiva de comercio electrónico, ha de valer entre las distintas CCAA españolas, adicionalmente, como una exigencia del art. 139.2 de la Constitución.
- (xv) En el caso de Castilla-La Mancha, el art. 33 del Estatuto de los Consumidores “asume” como tipificación propia de protección de los consumidores toda tipificación estatal que se corresponda con este tipo de norma protectora y por esta finalidad de protección. Esto tiene consecuencias sorprendentes. En primer lugar porque la tipificación castellano-manchega es siempre una tipificación abierta. En segundo lugar, porque la tipificación operada por la legislación estatal no tiene que ser la específica contenida en la LCU o en sus normas de desarrollo, pudiendo hallarse la tipificación correspondiente en cualquier ley estatal. La LSSI es una ley de este tipo, a la que se remite el art. 33 del Estatuto de los Consumidores, y las tipificaciones consumeristas que realiza son tipificaciones propias y específicas del Derecho sancionador de consumo de Castilla-La Mancha.

En estos casos no puede hablarse propiamente ni de concurso ideal de infracciones ni de concurso de leyes represivas, sino de que el Estado tipifica infracciones de consumo a favor de la competencia sancionadora que corresponde a Castilla-La Mancha.

- (xvi) El Estado disponía de las competencias precisas de armonización para haber impuesto entre CCAA un principio de “reconocimiento mutuo” de la suficiencia de las respectivas regulaciones relativas a la protección de los consumidores, al menos cuando tales regulaciones pudieran afectar, por su variedad u dispersión, a la unidad del mercado interior en la sociedad de la información, que la Directiva 2000/31 ha querido optimizar por encima de cualesquiera otras consideraciones. La LSSI no lo ha hecho.
- (xvii) Las normas de Derecho privado contenidas en la LSSI vinculan a las CCAA, y no pueden ser modificadas ni desarrolladas por ellas. Pero lo que vincula de tales normas no es el supuesto al que prestan atención, sino la consecuencia jurídica civil que imponen para cada caso. Supuestos de hecho contractuales pueden ser utilizados por las CCAA competentes como tipos de conductas que se hallan a la base de una infracción administrativa.
- (xviii) No existe ningún título competencial específico sobre la sociedad de la información ni sobre la prestación de servicios de la sociedad de la información. La LSSI no ha invocado competencias para regular las bases de la economía nacional, ni el procedimiento administrativo común, ni la igualdad en el ejercicio de los derechos por parte de los consumidores. El título competencial de telecomunicaciones es insuficiente para conseguir la mayoría de los objetivos que se incorporan a las normas de la LSSI. Lo que el Estado debería haber hecho en este terreno hubiera sido: (a) establecer el régimen civil correspondiente en la contratación electrónica y a la prestación de servicios de la sociedad de la información; (b) establecer el régimen de protección de datos e intimidad en la prestación de servicios de la sociedad de la información; (c) establecer normas que garantizaran la unidad del mercado interior frente a las desviaciones motivadas por el ejercicio de competencias autonómicas. Salvo en sectores específicos de protección de datos y de obligaciones propias de operadores de redes y servicios de telecomunicaciones, el Estado carece básicamente de cualquier competencia para establecer un régimen sancionatorio específico y propio de la sociedad de la información.

- (xix) Las limitaciones fácticas que la estructura de la sociedad de la información impone al ejercicio de las competencias autonómicas son más fuertes que las limitaciones jurídicas que pudieran provenir de la existencia de otras competencias, correspondientes a otras CCAA o al Estado. Con independencia de la vigencia y aplicación territorial de sus normas, las CCAA no tienen posibilidad real de ejercer una política de protección efectiva y de incentivos correctos sobre conductas que tengan su origen en proveedores de servicios situados fuera del territorio de la Comunidad Autónoma.