

EN TORNO A LA DISCIPLINA DE MERCADO

Por JOSE LUIS RIVERO YSERN

Sumario: I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ANTECEDENTES.—II. LA COMPETENCIA SANCIONADORA EN MATERIA DE DISCIPLINA DE MERCADO.—III. NECESARIA REVISIÓN DE LOS PRESENTES PLANTEAMIENTOS DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA DISCIPLINA DE MERCADO: A) Oportunidad y conveniencia de la intervención administrativa: potestad sancionadora de la Administración y potestad sancionadora penal.—B) Principios rectores de la potestad sancionadora de la Administración. Etapa pre y postconstitucional. Hacia una nueva configuración de la intervención administrativa en la disciplina de mercado.—IV. CRÍTICA A LA ORDENACIÓN JURÍDICA VIGENTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18-III-81 Y SU INCIDENCIA EN LA ACTUAL NORMATIVA SOBRE DISCIPLINA DE MERCADO.—V. CONCLUSIONES.

I. Delimitación conceptual y antecedentes

Bajo el concepto «Disciplina de Mercado» se alude a una de las diversas manifestaciones de la potestad sancionadora de la Administración, concretamente al ejercicio de esta potestad sancionadora en el marco de las relaciones comerciales, entendidas éstas en sentido amplio, por cuanto el legislador extiende la intervención pública a los escalones productivos y comerciales reduciendo a unidad a estos efectos las diversas fases o ciclos productivos de la actividad económica.

La actividad sancionadora de la Administración en el mercado tiene lugar, prescindiendo de más remotos antecedentes, en la Legislación especial y de urgencia que en materia de abas-

tecimientos se dicta en período de entre guerras. La Ley de subsistencias de 1916, en su artículo cuarto, habilitó una intervención administrativa concretamente a través del Decreto de 3 de noviembre de 1916. Este Decreto autorizaba a las llamadas Juntas Centrales y Provinciales de Abastos a sancionar por defraudación en la calidad, peso o precio de los productos destinados a la alimentación.

Este precepto se reproduce posteriormente en el artículo 8 del Decreto de 16 de febrero de 1938, por el que se organizó el Servicio Nacional de Abastecimientos y Transportes —creado por Ley de 30 enero del mismo año—. Al suprimirse el citado servicio y crearse en su lugar la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes por Ley de 10 de marzo de 1939, pasaron a ésta las facultades sancionadoras (art. 10 del Decreto de 28 de abril de 1939). Finalmente, la potestad de sancionar se otorgó con carácter general a la Fiscalía de Tasas, creada el 30 de septiembre de 1940 y regulada por Orden de 11 de octubre de 1940. Al respecto, disponía el artículo 4 de la citada Orden: «La Fiscalía Superior de Tasas será el organismo superior para la represión de los delitos y faltas que se cometan contra la Ley de Tasas y demás infracciones en materia de abastecimientos.»

Dejando atrás estos primeros antecedentes, la nueva ordenación vigente encuentra su primer punto de apoyo legal en el Decreto-ley de Ordenación Económica de 1959. La nueva orientación del intervencionismo económico en este período, produjo como consecuencia, la supresión de la Fiscalía de Tasas y el traspaso de sus competencias al Ministerio de Comercio en cuyo seno se creó el Servicio de Inspección de la Disciplina de Mercado.

El 17 de noviembre de 1966, en virtud de un Decreto dictado al amparo del Decreto-ley de 3 de octubre de 1966 se refunde todo el disperso cúmulo de normas que regulaban las sanciones en esta materia, siendo este Decreto la normativa básica hasta la publicación del Decreto 3632 de 20 de diciembre de 1974 que en ejercicio de la autorización otorgada por el Decreto-ley de 27

de noviembre de 1974 desarrolla y refunde toda la normativa anterior (1). Más adelante examinaremos la vigencia de este Decreto y su inmediato antecedente.

II. La competencia sancionadora en materia de disciplina de mercado

La competencia sancionadora en materia de disciplina de mercado se encuentra en la actualidad atribuida a la Secretaría de Estado para el Consumo, creada en virtud de Real Decreto de 20 de agosto de 1981 e integrada en el Ministerio de Sanidad y Consumo creado a su vez por Real Decreto de 27 de noviembre de 1981. A través de una compleja estructura interna (véase art. 2.º del Real Decreto de 20 de agosto de 1981. *BOE* de 21 de agosto de 1981), esta Secretaría de Estado para el Consumo ejerce entre otras las funciones de: «Dirigir la actividad de los Servicios de la Administración del Estado con competencia en materia de investigación, inspección y sanción sobre posibles infracciones a las normas administrativas vigentes en materia de elaboración, transformación, comercialización y venta de bienes y prestación de servicios, tanto en el mercado interior como en el exterior en su relación con aquél, con especial referencia al fraude o adulteración de productos alimenticios.» (Art. 1.º, a) del Real Decreto de 20 de agosto de 1981.)

A nivel regional los distintos Estatutos de Autonomía aprobados configuran esta competencia de distinta forma.

En el Estatuto vasco, la defensa del consumidor y en general la disciplina de mercado se atribuye, con carácter exclusivo, a la Comunidad Autónoma sin perjuicio de la competencia estatal que se reconoce en lo relativo a la política general de precios, la legislación estatal sobre defensa de la competencia, y el constitucionalmente obligado respeto a la libre circulación de bienes en el territorio del Estado (art. 10, apartados 27 y 28).

En el mismo sentido se atribuye con carácter exclusivo estas competencias, si bien dentro de las bases de la política eco-

(1) Véase sobre este tema, el artículo de Tornos Mas, Joaquín: «Las sanciones en materia de mercado», *REDA*, núm. 13, pp. 229 a 261.

nómica general del Estado, a la Generalidad (art. 12-1-5 del Estatuto de Autonomía para Cataluña), a la Comunidad Autónoma Andaluza (art. 18-1-6.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía), y a Galicia (art. 30-1-4 del Estatuto de Autonomía para Galicia).

A nivel municipal, es importante asimismo, destacar las facultades concedidas a los órganos municipales de inspección en la fase de inspección e incoacción de determinados expedientes sancionadores por Decreto 24 de julio de 1975, actuación circunscrita al comercio minorista de alimentación en los mercados de barrio.

III. Necesaria revisión de los presentes planteamientos de la intervención administrativa en la disciplina de mercado

Con base en esta normativa y a través de esta estructura orgánica, ha venido ejerciéndose en nuestro país, ajena ya a los supuestos excepcionales (guerra, desabastecimiento, etc.), que la justificaban, una potestad sancionadora de la Administración pública sobre la que queremos hacer unas breves consideraciones.

La primera quizás pudiera ser cuestionar la propia conveniencia de esta potestad sancionadora de la Administración pública en el marco de estas relaciones de comercio. ¿Es este un sector sobre el que deba girar la actividad sancionadora de la Administración pública, o es, por el contrario, al Derecho punitivo por excelencia, al Derecho penal, a quien compete el tratamiento del tema?

A) *Oportunidad y conveniencia de la intervención administrativa; potestad sancionadora de la Administración y potestad sancionadora penal*

Esta primera cuestión no puede ser resuelta sino afirmativamente. La Constitución española reconoce expresamente la conveniencia y existencia de la potestad sancionadora de la Admi-

nistración al reconocer abiertamente la existencia de infracciones administrativas junto a los delitos o faltas (art. 25-1-CE), así como la posibilidad de que la Administración imponga sanciones, si bien con la prohibición de que estas impliquen directa o subsidiariamente cualquier privación de libertad (art. 25-3 CE). Junto a este reconocimiento constitucional expreso, la potestad sancionadora de la Administración en el mercado encuentra su justificación abierta, en la complejidad y tecnificación del proceso productivo, la complejidad de los canales de comercialización y la evolución de las técnicas de venta. Tales circunstancias reclaman a nuestro juicio, no sólo la presencia de una labor de inspección y policía por parte de la Administración en este campo, sino que—para que ésta sea realmente eficaz y operativa—esta intervención se extienda, se tecnifique y refuerce al mismo ritmo que la realidad que contempla.

Ahora bien, esta actividad sancionadora que defendemos y cuya potenciación reclamamos, ni puede ni debe quedar incondicionada. Los valores jurídicos que pueden resultar afectados por esta potestad sancionadora y el alcance personal, económico y social de las posibles sanciones en manos de la Administración, reclaman una serie de límites y condicionamientos al ejercicio de tal potestad. Para comprenderlo quizá baste enumerar ejemplificativamente alguna de las medidas sancionadoras recogidas en el Decreto de disciplina de mercado de 27 de noviembre de 1974: sanciones de 2.500.000 pesetas «en adelante» en manos del Consejo de Ministros, publicidad de la infracción y del nombre del infractor, cierre temporal o definitivo de la empresa, etc. Estamos de acuerdo por ello, en las medidas propuestas por el profesor García de Enterría como condicionamiento para el ejercicio por parte de la Administración de su genérica competencia sancionadora. Por una parte, «ha de justificarse en razones pragmáticas evidentes limitándose, por tanto, al aspecto puramente contravencional, excluyéndose la parte sustancial de la materia criminal apoyada en los valores éticos y sociales superiores de la comunidad. En segundo término el recurso que contra tales medidas sancionadoras debe ineludiblemente arbitrarse, tendrá carácter inicialmente suspensivo. Finalmente, el juez habrá de ejercer en este recurso un enjuicia-

miento directo (y no meramente revisor del juicio previo de la Administración y sobre las solas pruebas aportadas por ésta) de la infracción y de su sanción correlativa» (2).

Junto a estas reflexiones, vemos como hoy día se constata de manera patente y clara que las conductas antijurídicas en el marco de la actividad de consumo, por su naturaleza y efectos, exceden del ilícito administrativo para entrar de lleno en la órbita del ilícito penal; los desgraciados acontecimientos vividos por el país en el fraude del aceite, dan prueba de ello. Ante este estado de cosas, la solución no nos parece sea el exorbitado y frecuentemente ineficaz crecimiento actual de la potestad sancionadora de la Administración (amparado quizá—por qué no decirlo—, en el desfase de la normativa penal tipificadora de estas conductas y la propia lentitud y a veces inoperancia de la justicia penal española); no es ésta la vía de salida; la vía de salida debe estar en una reforma de la legislación penal, moderna, principalista y ajustada a las presentes necesidades sociales que afronte el desgraciadamente extenso repertorio de nuevas formas de delincuencia. La vía de salida está en la progresiva penalización del Derecho punitivo regulador de las infracciones de mercado.

Esta penalización no debe suponer a nuestro modo de ver la exclusión de una actividad administrativa de defensa del consumidor sino contemplar tal actividad administrativa desde una perspectiva distinta. La acción administrativa en este campo debe quedar, tanto a nivel normativo como de ejecución, encuadrada dentro de la acción penal. A nivel normativo, regulando pormenorizadamente por vía reglamentaria, dentro del marco de la legislación penal una realidad jurídica compleja y tecnicada. A nivel de ejecución operando una labor de policía preventiva e instrumental del juez penal.

La solución propuesta no es obviamente fácil —sobre ello volveremos más adelante— pero creemos que es viable y la más acorde con un respeto efectivo al principio de legalidad constitucionalmente consagrado.

(2) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, Madrid, 1981, cap. XVIII en general. Igualmente, PARADA VÁZQUEZ, J. R.: «Poder sancionador de la Administración y crisis del sistema judicial penal», RAP núm. 67, enero-abril 1972.

B) *Principios rectores de la potestad sancionadora de la Administración. Etapa pre y postconstitucional*

Planteada en estos términos la oportunidad y conveniencia de una intervención administrativa en el marco de la disciplina de mercado y puesto que consideramos debiera procederse a una progresiva judicialización de la potestad sancionadora en estas relaciones, nos parece oportuno analizar un segundo punto, cual es, los principios rectores de la potestad sancionadora de la Administración y ello para reafirmar nuestros planteamientos, por cuanto, adelantamos, estos principios, tras un progresivo proceso de acercamiento del derecho punitivo penal y del derecho administrativo sancionador se han, hoy día, unificado.

En un breve análisis de esta evolución se observa cómo la potestad sancionadora de la Administración se ha desarrollado en nuestro país de forma espectacular bajo un régimen jurídico cuyas notas más destacables son, o han sido, las siguientes:

En el orden competencial.

- El ejercicio de una potestad sancionadora no justificada en la autotutela de la Administración (tal como la materia disciplinaria, demanial o tributaria), sino en la protección del orden social general (heterotutela), con la que se busca disponer, especialmente en períodos revueltos o autoritarios, de un poder sancionador propio y expedito en el plano político, esto es, como arma de lucha política.
- La violación institucionalizada del principio *non bis in idem* por cuanto la potestad sancionadora se estima independiente de la jurisdicción penal común, en el sentido de que una y otra pueden actuar sobre los mismos hechos sin coordinación ni vinculación de pronunciamientos de una sobre la otra.

En el orden procesal.

- Presunción de culpabilidad en el «administrado», con la correlativa carga de probar su inocencia (sistema utilizado frecuentemente en materia de orden público).

- La imposición directa de sanciones por las autoridades o Tribunales administrativos, que en algunos casos constituyen genuinas penas privativas de libertad —la Constitución ha prohibido taxativamente los arrestos sustitutorios, artículo 25-3—, bien a través de la instrucción de un expediente o bien «de plano».
- La inimpugnabilidad de esas resoluciones sancionatorias ante los Tribunales penales.
- Su impugnabilidad ante los Tribunales contencioso-administrativos a través de recursos no suspensivos.
- Recursos a veces condicionados a la regla *solve et repete*.

En el orden sustantivo.

No coincidencia de los criterios que rigen el Derecho sancionador administrativo con las reglas y principios del Derecho penal. Así,

- Falta de tipificación de las conductas.
- Falta de tipicidad de las sanciones.
- Imprescriptibilidad de la responsabilidad e inaplicación de técnicas correctivas: concurso de delitos, causas de exclusión de la antijuricidad o del sistema de atenuantes, de condenas condicionales, etc. (3).

Estos planteamientos han sido en los últimos años corregidos en virtud de una corriente jurisprudencial que no podemos calificar sino como muy positiva. La Jurisprudencia cercana a la fecha de aparición de nuestra Constitución y la posterior rectifican esta corriente y han ido sustituyendo estos planteamientos, elaborando una teoría general del Derecho administrativo sancionador en base a los propios y específicos principios del Derecho penal. Se afirma así la plena vigencia para el Derecho administrativo sancionador del principio de legalidad penal. «La Administración pública carece de potestad originaria y propia... para dictar reglamentos punitivos de carácter independiente o autónomo...». (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1978, Arz. 1608); del principio de tipicidad e incluso

(3) LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO: *El principio de irretroactividad de las normas administrativas*, pp. 155-160. Sevilla, 1982.

«la necesidad de expresa cita de la norma infringida en el acto sancionador, salvo el caso de que éste se funde en hechos consignados expresamente a tal efecto y que de este modo tan preciso como inequívoco coincida con el supuesto de hecho de la norma tipificante» (Sentencia 1 de marzo de 1977. Arz. 1259; irretroactividad (Sentencia 30 de octubre de 1978. Arz. 3988); interpretación restrictiva (Sentencia 25 de marzo de 1977. Arz. 1442); seguridad jurídica (Sentencia 14 de febrero de 1977. Arz. 765); proporcionalidad (Sentencia 14 de febrero de 1977. Arz. 3362); principio *non bis in idem* (Sentencia del Tribunal Supremo 7 de marzo de 1978. Arz. 923); culpabilidad del infractor (Sentencia del Tribunal Supremo, 16 de mayo de 1977. Arz. 3066); inaplicación de la regla *solve et repete* y de la *reformatio in peius* salvo si viene expresamente establecida por un precepto con rango de ley formal (Sentencias del Tribunal Supremo, 26 de octubre de 1978. Arz. 3399 y 10 de abril de 1972, respectivamente). Se afirma, por tanto, en resumen «la supletoriedad del Derecho penal en este ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, especialmente y en el campo de los principios básicos que vertebran el ordenamiento punitivo» (Sentencia, 21 de julio de 1977 (*Aranzadi* 5049) (4), ya que se considera que «careciéndose en el ámbito jurídico administrativo sancionador de una completa y coherente doctrina general han de ser en él atendidos aquellos principios fundamentales inspiradores de todo Derecho punitivo que, como reiteradamente recuerda la jurisprudencia, imponen en el enjuiciamiento concreto de una conducta una cuidadosa determinación de su naturaleza y alcance que permita fijar si es o no subsumible en alguna de las tipificadas infracciones, para que, actuándose así la potestad administrativa y, desde luego, la revisora de la jurisdicción y no a través del puro juego de la discrecionalidad sino del estrictamente jurídico enmarcado por el principio de legalidad, que, es decir, los de tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad dolosa o culpable, quede marginada toda posible interpretación extensiva analógica o inductiva» (Sentencia del Tribunal Supremo, 30 de mayo de 1981. Arz. 2182).

(4) Las anteriores sentencias son recogidas por LÓPEZ MENUDO, F.: *El principio de irretroactividad de las normas administrativas*, citado p. 159.

Esta reacción jurisprudencial termina con la aparición de la Constitución que recoge específicamente estos principios; irretroactividad (art. 9.3) legalidad y sus derivados, control jurisdiccional, garantías defensivas, acusación concreta y presunción de inocencia (arts. 17 y 24, etc.) (5).

Estos, no otros, son, por tanto, los principios que han de presidir esta actividad sancionadora de la Administración, y, por tanto, la actividad sancionadora en el marco de la disciplina de mercado.

Esta unificación de régimen jurídico y esta revalorización del Derecho punitivo por excelencia, el Derecho penal, que defendemos no está obviamente exenta de riesgos. En concreto no son fácilmente solubles los problemas de técnica jurídica que ya la doctrina ha detectado. A título puramente ejemplificativo, la puesta en práctica del principio de legalidad ha de evitar que unas conductas pretendidamente incriminadas queden determinadas y lo que es frecuente, remitida su concreción a la sugestión del juez o a una remisión excesiva a la vía reglamentaria (6). Este riesgo es real pero subsanable. Lo verdaderamente peligroso sería conceder a la Administración —cosa no infrecuente— la tipificación de conductas punibles y su correlativa sanción. Como dice Muñoz Conde: «En principio, el Derecho penal debe crear los presupuestos de sus normas de un modo autónomo y en lo posible sin remisiones expresas a otras ramas del Ordenamiento jurídico. Sólo cuando existan razones técnicas y politicocriminales muy precisas y evidentes puede recurrirse a este procedimiento. Pero aún en este último caso debe procederse con sumo cuidado. La determinación del supuesto de hecho por normas de carácter no penal puede producir discordancias y confusiones..., pero lo verdaderamente peligroso para la seguridad jurídica y para las garantías de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal, es que se conceda a la autoridad política o administrativa, a través de las remisiones a las órdenes o

(5) Véase, igualmente, sobre este tema el interesante comentario de E. GARCÍA DE ENTERRÍA a las sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de enero de 1981 y 8 de junio de 1981, donde se analiza el tema de la incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración.

(6) OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: «Los fraudes alimentarios en Derecho penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 57, Madrid, 1979, p. 62.

reglamentos que se hacen en las normas penales en blanco la facultad de determinar el ámbito de la prohibición penal» (7).

No será fácil, finalmente tampoco, en muchos casos, por lo peculiar del sistema de producción y del proceso de comercialización actuales, la concreción del autor o el establecimiento del nexo de causalidad que el respeto al principio de tipicidad reclama, etc. Existen, en suma, dificultades, pero dificultades que no deben sino servir de acicate al estudio por la doctrina, a la reflexión del legislador y a la pausada valoración del juez para la puesta en práctica efectiva de todos estos principios antes reseñados.

IV. Crítica a la ordenación jurídica vigente: La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1981 y su incidencia en la actual normativa sobre disciplina de mercado

Si partimos de estos presupuestos y pasamos a analizar la vigente normativa en materia de disciplina de mercado, la impresión final es claramente insatisfactoria..

La última disposición específica en la materia venía dada, como en las primeras líneas de este estudio indicábamos, por el Decreto de disciplina de mercado de 20 de diciembre de 1974. Este Decreto se dicta, como su propia exposición de motivos indica para sistematizar la dispersa normativa anterior surgida tras el Decreto de disciplina de mercado de 17 de noviembre de 1966 buscando en suma una mayor seguridad jurídica a través de un doble camino: La clarificación de la norma y de las competencias y el reforzamiento de las garantías del administrado. Se procede así «a la calificación y graduación de las infracciones en leves, graves y muy graves; se determina la responsabilidad de los distintos implicados en las transgresiones; se fijan las diversas medidas y sanciones correctoras; se detallan las sucesivas actuaciones de investigación e inspección..., se clarifican las competencias de los órganos correctores de la Disciplina de Mercado tanto en la fase de Ordenación y tramitación del

(7) MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1975, pp. 22-23.

expediente sancionador, como en la fase de aplicación de sanciones y medidas correctoras». (Exposición de motivos del Decreto de 20 de diciembre de 1974.)

Pese a los evidentes avances que con relación al sistema jurídico anterior se logró en este Decreto, la regulación era, sin embargo, como decíamos, insatisfactoria. El Decreto de Disciplina de Mercado de 1974, lejos de terminar —como en su exposición de motivos parecía pretender— con la indeterminación en la tipificación de las infracciones, propia, como veremos, del sistema anterior, establecía un sistema de tipificación de infracciones por remisión (vgr. art. 4.º-3 del Decreto de 20 de diciembre de 1974), que estimamos en abierto desacuerdo con los principios anteriormente reseñados. Sentaba, por otra parte, un principio de culpabilidad en el inculpado sobre el que se hacía recaer la carga de la prueba igualmente desacorde con los principios reseñados (art. 28-2). Finalmente, a través de un Real Decreto de 8 de octubre de 1976 se pretendió extender el plazo de prescripción de las infracciones en materia de disciplina de mercado al exorbitante plazo de cinco años admitiendo paralizaciones del procedimiento dirigido contra el infractor de seis meses y hasta de un año en contra también del artículo 114 del Código penal contra el elemental principio de que el Reglamento no puede contradecir la ley.

Estas deficiencias en el Decreto de 20 de diciembre de 1974 llevaban, como decimos, a una valoración negativa del régimen jurídico-administrativo aplicable a la Disciplina de Mercado. Junto a estos argumentos que parten del Derecho positivo habría que añadir la inadecuación del instrumento jurídico utilizado. La habilitación que pueda efectuar el Decreto-ley de 27 de noviembre de 1974 para la labor de refundición operada por el Decreto de 20 de diciembre de 1974 es a nuestro juicio más que dudosa partiendo tanto del Derecho pre como postconstitucional.

Por otro lado, insistimos en que el tratamiento jurídico de este sector de la disciplina de mercado debe insertarse en el marco no de normas administrativas, sino de normas de supe-

rior rango y concretamente pensamos en una necesaria e inmediata reforma del Código penal que introduzca nuevos tipos delictivos adecuados a las realidades presentes y modifique el tratamiento dado a los delitos de fraude, estafa, y en general a los delitos contra la salud pública.

Estas apreciaciones han sido definitivamente confirmadas, a nuestro juicio, al dictarse la Sentencia del 18 de marzo de 1981 por la que el Tribunal Supremo declara nulo el Decreto de 20 de diciembre de 1974 regulador de la disciplina de mercado por la omisión, en su elaboración, del preceptivo informe del Consejo de Estado ordenando la reposición de actuaciones a dicho momento procesal. Los efectos de esta Sentencia en el ámbito de la disciplina de mercado son importantes y un ejemplo patente y claro de la anteriormente aludida inadecuación del tratamiento jurídico de este grave problema.

La citada Sentencia, al decretar la nulidad del Decreto citado, deja sin efecto cuantas actuaciones se hubieran seguido a su amparo, exclusión hecha, ello es obvio, de las situaciones que hayan devenido firmes en aplicación del principio contenido en el artículo 120 de la Ley de procedimiento administrativo (8). Ello es grave por la alteración del orden jurídico que trae consigo y por la inevitable inseguridad jurídica que igualmente acarrea.

Por otra parte, la declaración de nulidad *ex tunc* del Decreto que la Sentencia hace, retrotrayendo las actuaciones al momento previamente anterior al en que este se dictó, trae consigo igualmente la declaración de nulidad del anexo que este contenía, y en el que se incluía una tabla derogatoria de disposiciones. La Administración, conforme a ello, considera hoy en vigor y aplica el Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre —citado al comienzo de estas líneas—, disposición esta que encabezaba la lista de disposiciones derogadas por el Decreto de 1974 (9).

(8) Véanse sobre el tema de la nulidad de Reglamentos y actos dictada durante su vigencia, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970; y GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia», en *REDA*, núm. 14, 1977.

(9) Véase, por ejemplo, Resolución de 18 de marzo de 1982 de la Dirección General de Inspección del Consumo («BOE» núm. 72, de 21 de marzo de 1982).

Esta solución es a nuestro juicio criticable. En pura técnica jurídica nada se opone a ella. Estamos en sede no de derogación de normas —en cuyo caso sería plenamente aplicable lo establecido en el apartado dos del artículo segundo del Código civil cuando establece que: «Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado»— sino de determinación de los efectos de una declaración de nulidad de una disposición administrativa de carácter general que se opera en virtud de Sentencia judicial con efecto retroactivo y eficacia *erga omnes*.

La solución adoptada, por tanto, sería viable si no trajera consigo, como a nuestro juicio sucede en el presente caso, la aplicación de una norma contraria en su letra y en sus principios a nuestra Constitución. En este sentido estimamos que el sistema de tipificación de infracciones contenido en el artículo 3.º del Decreto de 17 de noviembre de 1966. («Son infracciones administrativas en materia de disciplina de mercado... toda inobservancia, irregularidad o negligencia en el cumplimiento de las disposiciones administrativas dictadas en materia de ordenación de precios y de disciplina de mercado»), es un sistema de tipificación abierta contraria al principio de legalidad y tipicidad de las infracciones consagrado en los artículos 9-3 y 25-1 de la Constitución. Igual juicio merece, la regulación de un aspecto tan sustancial cual es el sistema de graduación de las sanciones. El artículo quinto indica en este sentido que: «las infracciones administrativas en materia de disciplina de mercado serán sancionadas con multa en la cuantía que *discrecionalmente* determinen las autoridades competentes para ello, atendiendo principalmente a la gravedad de la infracción y a su importancia económica.»

No vamos a entrar en el tema de si esta disposición que comentamos ha sido expresamente derogada en virtud de la aplicación directa de la disposición derogatoria, 3, de la Constitución o si, por el contrario, al devenir inconstitucional como consecuencia de la publicación de nuestra norma fundamental, ha de ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Nuestro Tribunal Constitucional se ha manifestado respecto a este tema (Sen-

tencia de 2 de febrero de 1981) y la doctrina se ha ocupado recientemente del mismo (10). Queremos destacar simplemente que a nuestro juicio no se está abordando una reforma a fondo del tratamiento de la potestad sancionadora en el mercado. Por el contrario, nos movemos en el marco de una regulación precaria, muy cercana al simple vacío normativo necesitado de integración jurídica. No es este el tratamiento que merece el tema; lejos de ello se hace imprescindible una reforma legislativa que emane del Parlamento —posiblemente, repetimos, la reforma del Código penal, fuera un buen momento para ello— y sienta los principios de una actuación coordinada y potenciada del juez penal y la Administración pública cara a la satisfacción de los intereses en juego.

V. Conclusiones

1.ª La realidad social del mercado carece de un Derecho sancionador acorde con las actuales circunstancias que garantice y tutele los diversos intereses en juego.

2.ª La normativa aplicable, junto a esta insuficiencia, se encuentra en un claro desacuerdo, en sus principios y normas concretas, con los principios que, según nuestra Constitución, nuestra Jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa y nuestra doctrina, deben informar la potestad sancionadora de la Administración en el marco de las relaciones de mercado.

3.ª Consideramos que a partir de la Sentencia de 18 de marzo de 1981 esta regulación se encuentra en una situación precaria por cuanto nos parece claramente anticonstitucional el Decreto de 17 de noviembre de 1986, que actualmente se viene aplicando.

4.ª Se hace pues necesaria una reforma legislativa radical que replantee el ejercicio del Derecho sancionador del Estado en

(10) «La Constitución y las Leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida». *RAP* núm. 94, enero-abril de 1981. Comentario de ALFONSO LUCIANO PAREJO a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981.

este campo, partiendo de unos principios comunes al Derecho penal y al Derecho administrativo, reforma legislativa que a nuestro juicio debiera operarse urgentemente en el marco de la reforma del Código penal y en la que la potestad sancionadora de la Administración pública se potencie pero con carácter instrumental y subordinado a la penal.