

La prohibición de utilizar los libros como reclamo comercial para la venta de productos de naturaleza distinta

Manuel Izquierdo Carrasco

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba *

SUMARIO: I. LA FINALIDAD DEL ARTÍCULO 9.8 LLLB: UNA PROHIBICIÓN PARA PROTEGER AL LIBRERO.—II. LA COMPATIBILIDAD DE ESTA PROHIBICIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO.—III. EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN: 1. *El destinatario de la prohibición: los establecimientos comerciales que se dediquen a la venta al por menor.* 2. *El fin del reclamo: promover la venta de productos de naturaleza distinta:* A) La utilización del libro como reclamo para la venta de otros productos. Un freno a ciertas prácticas comerciales de las grandes superficies. B) El concepto de productos de naturaleza distinta: mención específica a los periódicos. 3. *El reclamo comercial: las actividades de promoción de ventas:* A) La venta con obsequios. B) Las ofertas conjuntas. C) La venta de promoción. D) Otras formas de reclamo comercial.—IV. EL RESPALDO SANCIONADOR: 1. *La conducta típica: el confuso elemento de la campaña publicitaria.* 2. *El sujeto responsable.*

I. La finalidad del artículo 9.8 LLLB: una prohibición para proteger al librero

El apartado 8 del artículo 9 LLLB establece:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, los establecimientos comerciales que se dediquen a la venta al por menor no podrán utilizar los libros como reclamo comercial para la venta de productos de naturaleza distinta».

* Proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia SEJ 2007-66942: «La nueva intervención administrativa en la economía».

Esto es, el precepto contiene una prohibición: la de la utilización de los libros como reclamo comercial para la venta de productos de naturaleza distinta. La ubicación sistemática de esta previsión, dentro del artículo 9 destinado a la regulación del régimen del precio fijo del libro, es extraña y aunque entre ambas cuestiones existe una cierta conexión, bien pudiera haberse incluido en un artículo independiente. La Exposición de Motivos se refiere a esta prohibición como un refuerzo del principio general del precio fijo, aunque como se irá desgarrando en las siguientes páginas su funcionamiento responde a esquemas bien distintos (baste como muestra que aunque el régimen del precio fijo del libro tiene todo un conjunto de importantes excepciones y exclusiones, el apartado ahora comentado se aplica a todo libro, aunque esté excluido o excepcionado del régimen del precio fijo). Esta prohibición comparte con el régimen del precio fijo del libro el tratarse de una restricción a la libre competencia, en concreto, en lo relativo a las prácticas de promoción de ventas que tuviera por conveniente utilizar el establecimiento minorista. Por tanto, sobre la base del principio de libertad de empresa que proclama el artículo 38 de la Constitución, tal restricción, además de estar expresamente prevista por Ley, no puede ser irracional, desproporcional o arbitraria¹. Esto es, debe estar justificada por la concurrencia de algún interés público que la haga necesaria. En este sentido, no parece que el interés público aquí protegido sea directamente el fomento de la lectura. Más aún, esta medida puede considerarse incluso como una traba a ese fomento². Tampoco parece, por la finalidad de esta interven-

¹ Así lo ha afirmado, entre otras, la STC 225/1993, de 8 de julio. Más aún, esta libertad de empresa está consagrada en la Constitución «en el marco de la economía de mercado». Y precisamente la libre concurrencia ha sido calificada por el propio Tribunal Constitucional como un elemento decisivo de la economía de mercado. Sobre estas cuestiones, *vid.* Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Iustel, Madrid, 2006, pp. 1067-1068.

² En esta línea, el grupo parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds presentó una enmienda en el Congreso, la n.º 65, en la que proponía suprimir este apartado —en aquel momento, apartado 8 del art. 8—, alegando que esa utilización del libro como reclamo comercial sería una buena estrategia de difusión de la lectura (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, de 7 de marzo de 2007, Serie A, n.º 112-9, p. 42). Aunque el régimen

ción sectorial, que el interés protegido sea la libertad de decisión del consumidor, que en alguna ocasión podría verse reducida a través de estas técnicas de promoción de ventas. Más bien lo que se persigue es la protección de un concreto comerciante minorista, el librero, que el artículo 2 LLLB define como aquella «persona natural o jurídica que se dedica, exclusiva o principalmente, a la venta de libros al cliente final desde establecimientos mercantiles de libre acceso al público o por cualquier procedimiento de venta a distancia»³. En ese contexto, lo que quedaría por resolver, y de ello nos ocuparemos en las páginas siguientes, es si esta prohibición es necesaria o el régimen del precio fijo del libro, completado con la regulación general sobre competencia desleal y ciertas previsiones de la Ley de Comercio Minorista, sería suficiente.

El antecedente normativo inmediato de esta previsión lo constituye el artículo 38.4 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios⁴. Nada similar había ni en la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro, ni en el Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, de Precio de Venta al Público de Libros, por lo que puede concluirse que la prohibición que introducía el artículo 38.4 era una cautela que se establecía como contrapeso o freno a la liberalización del descuento en los libros de texto que introducía el mencionado Real Decreto-Ley.

del precio fijo del libro, donde se inserta esta prohibición, fue objeto de intensos debates parlamentarios, éstos se centraron, fundamentalmente, en lo relativo a la exclusión de los libros de texto y no en la previsión ahora comentada.

³ En esta línea, la Exposición de Motivos habla de un apoyo a los diversos protagonistas en el ámbito del libro, «con un especial reconocimiento a la labor de los libreros como agentes culturales».

⁴ Aunque este precepto prohibía «la utilización del libro como reclamo comercial para la venta de productos de naturaleza distinta», esta prohibición se insertaba en un artículo que llevaba por título «libros de texto», por lo que su extensión a todos los libros y no sólo a los libros de texto planteaba problemas interpretativos.

II. La compatibilidad de esta prohibición con el Derecho Comunitario

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, podría plantearse que esta prohibición fuera calificada como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación (art. 28 TCE). No procede ahora un estudio en profundidad del concepto y régimen de estas «medidas de efecto equivalente», que constituyen prácticamente el equivalente en terminología comunitaria de los conocidos como obstáculos técnicos al comercio⁵. La regla general es que estas medidas están prohibidas, aunque el Tratado enumera una serie de supuestos donde serán admisibles y la propia jurisprudencia del TJCE ha ampliado este listado de supuestos con las denominadas «exigencias imperativas». Por otra parte, el hecho de que esta prohibición sea aplicable tanto a productos o libros editados en España como a los procedentes de otros Estados miembros de la UE no impide su consideración como medida de efecto equivalente, pues la jurisprudencia del TJCE ha afirmado que también deben encuadrarse en esta categoría aquellas medidas nacionales indistintamente aplicables tanto a los productos nacionales como a los importados. Sin embargo, en su conocidísima Sentencia *Keck y Mithouard* (Sentencia de 24 de noviembre de 1993), el TJCE reexamina y precisa su jurisprudencia en la materia, para excluir —salvo excepciones— de la categoría de medidas de efecto equivalente aquellas reglamentaciones indistintamente aplicables que se refieren no a las características o requisitos del producto, sino a las modalidades de venta⁶. Pues bien, el

⁵ Sobre las medidas de efecto equivalente, *vid.* Manuel IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 115 y ss. y bibliografía que allí se cita.

⁶ «... procede declarar, en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando, que la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville*..., siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y

tinatario de la prohibición, que son los establecimientos comerciales (1); por otro, la utilización del libro como reclamo comercial (3); y finalmente, una concreta finalidad en esa utilización, que es la de promover la venta de productos de naturaleza distinta (2). A continuación analizaremos cada uno de esos elementos.

1. *El destinatario de la prohibición: los establecimientos comerciales que se dediquen a la venta al por menor*

En cuanto a los destinatarios de la prohibición, el artículo 9.8 LLLB introduce una trascendental diferencia respecto a su antecedente normativo inmediato. Así, el artículo 38.4 del Real Decreto-Ley 6/2000 disponía lo siguiente: «Queda prohibida la utilización del libro como reclamo comercial para la venta de productos de naturaleza distinta». Se trataba de una prohibición de alcance general en cuanto a sus destinatarios, esto es, obligaba tanto a productores, como a importadores, como a distribuidores o minoristas. Por el contrario, ahora se delimita el sujeto destinatario de la prohibición: los establecimientos comerciales que se dediquen a la venta al por menor. Esto es, esta prohibición no es aplicable a los demás sujetos que operan en el mercado. Por tanto, un productor de detergentes en polvo para lavadoras podría acordar introducir gratuitamente en su producto un libro de recetas de cocina; o un mayorista podría ofrecer a los establecimientos minoristas libros gratis por la compra de ciertas películas en DVD. Los únicos límites que tendrían estos agentes económicos son los que con carácter general establece la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD) y la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM) —cuya regulación de las actividades de promoción comercial tiene un carácter general, con independencia del sujeto responsable de la promoción.

Esta reformulación de los sujetos destinatarios de la prohibición, con una reducción en su ámbito de aplicación, abre una puerta que puede dejar en papel mojado su propia finalidad. Podría suceder que, al igual que ya ha ocurrido con la prohibición de venta a pérdidas, los

como reclamo para la venta de otros productos; y en segundo lugar, qué son productos de naturaleza distinta.

A) *La utilización del libro como reclamo para la venta de otros productos.
Un freno a ciertas prácticas comerciales de las grandes superficies*

A nuestro juicio, la literalidad del precepto impone la existencia de una relación directa, y no una relación indirecta o más o menos hipotética, entre el libro como reclamo y la promoción de la venta de esos otros productos. Esa relación directa se produciría en un supuesto en el que un establecimiento comercial publicitara que con la compra de los uniformes del colegio se regalaría un diccionario de inglés. Por el contrario, esa relación no se produciría cuando el establecimiento —pensemos en una gran superficie donde se venden también otra multitud de productos— se limita a ofrecer unos precios en los libros de texto más reducidos que sus competidores. En este segundo supuesto, lo que la actividad de promoción pretende directamente es potenciar la venta de un concreto producto, los libros de texto, y ello sin negar que esto pueda tener unas consecuencias favorables —hipotéticas o reales— para las ventas en esos otros productos que se ponen a disposición del consumidor en la misma gran superficie. La inclusión de estas relaciones indirectas en el ámbito de la prohibición debe ser necesariamente rechazada por los siguientes motivos:

— Iría contra una regla clásica de interpretación jurídica, conforme a la que las prohibiciones deben ser interpretadas restrictivamente ¹¹.

¹¹ En esta línea, aunque quizás con unos términos excesivamente rotundos, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 1994 (ponente A. Petitbó Juan) reitera otro pronunciamiento previo conforme al que «el objetivo de defensa de la competencia que defiende la Ley 16/1989 y los órganos de competencia no es ni mucho menos la defensa del competidor o la defensa del ineficiente contra el eficiente, y las restricciones impuestas a la competencia en el mercado de la venta de libros por la obligatoriedad de aplicación del precio fijado por el editor son ya excesivos, de manera que no puede atenderse, por la vía de una interpretación extensiva de su contenido, a peticiones desmesuradas por parte de los ope-

— Supondría, en la práctica, negar la posibilidad de utilizar el libro como reclamo comercial a cualquier establecimiento comercial que no fuera una librería. Y, sin embargo, no es esa la prohibición que establece el legislador.

— Más aún, si la inclusión en esta prohibición de esas relaciones indirectas se lleva a sus últimos extremos, debería valorarse si una librería situada en una galería comercial podría efectuar actividades de promoción de ventas que, lógicamente, repercuten también favorablemente en el resto de establecimientos comerciales situados en la misma al atraer clientela. O si bastaría que, a semejanza de ciertas agencias de viaje de grandes superficies, se dotara de personalidad jurídica a la librería de la gran superficie —aunque espacialmente quedara situada dentro de la misma gran superficie— para que de esta manera ya no le fuera aplicable esa prohibición.

Todos estos argumentos sólo confirman nuestra posición inicial: en la propia promoción o reclamo tiene que producirse una relación directa entre el libro y la venta de esos otros productos ¹².

Además, debe tenerse en cuenta, que la prohibición sólo se refiere a una concreta actividad mercantil, la venta de productos, pero no a otras actividades como pudieran ser la prestación de servicios; y a una concreta modalidad contractual, la compraventa, pero no a la celebración de otros contratos sobre los productos distintos al de compraventa (arrendamiento financiero, alquiler, etc.). En esa línea, el propio artículo 10.1.f) LLLB incluye entre una de las exclusiones al precio fijo la de los ejemplares de ediciones especiales destinados a su distribución como elemento promocional. Que esto sea así da una clara pista de cuál es el objetivo de la previsión y no hace más que abundar

radores en dicho mercado dirigidas a forzar la desaparición de toda forma de competencia» (FD 1.º).

¹² A nuestro juicio, esa relación directa con la venta de esos otros productos tampoco concurriría en un supuesto en el que con motivo de la apertura de un establecimiento de venta de bicicletas y otro material para el ciclista, éste ofreciera a toda persona que lo visitara —sin necesidad de compra— un pequeño libro sobre el mantenimiento básico de la bicicleta. Téngase en cuenta que se puede obtener el libro sin necesidad de efectuar una compra de esos otros productos.

Por el contrario, no existe una prohibición similar en sentido inverso. El precepto no prohíbe la utilización de otros productos como reclamo comercial para la venta de libros. Esto es, no se prohíbe que un librero por la compra de un libro ofrezca un bolígrafo como regalo o un descuento en un determinado aparcamiento; o que para promocionar la venta de una enciclopedia se ofrezca un reproductor DVD. Aquí hay que acudir a los límites generales:

— El régimen del precio fijo del libro no puede ser soslayado, en lo que podría constituir un supuesto de fraude de ley ¹⁸, mediante el empleo de estas técnicas de promoción de ventas. Aunque la Ley de la lectura, del libro y de las bibliotecas no diga nada al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 5 LCD reputa desleal «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» y el artículo 15 LCD se refiere a la deslealtad por viola-

los productos sanitarios, queda excluida la posibilidad de realizar publicidad directa o indirecta dirigida al público en el caso de que un producto esté financiado por el Sistema Nacional de Salud. Esta prohibición de publicidad afecta a las empresas fabricantes, distribuidoras o comercializadoras así como a todas aquellas entidades que puedan mantener un contacto directo con el paciente. Asimismo, se prohíben las primas, obsequios, descuentos, premios, concursos, bonificaciones o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de productos». Lo que ya es más discutible es si en el libro concurren unos intereses públicos de la misma trascendencia que en el ámbito del medicamento y productos sanitarios que justifiquen una restricción de este tipo a la libre competencia.

¹⁸ La STS núm. 885/2001, de 4 de octubre, Sala de lo Civil, ponente I. Sierra Gil de la Cuesta, precisamente en el ámbito que ahora nos ocupa, afirma: «como dice la sentencia de 23 de enero de 1999, con las demás que la misma recoge, incluida la del Tribunal Constitucional de 6 de abril de 1988, “son requisitos esenciales del fraude de ley y fraude procesal: a) que el acto o actos cuestionados sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan, en consecuencia, su violación efectiva; b) que la norma en la que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerlo, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser el referido un medio de vulneración de otras normas, bien por ir dirigido a perjudicar a otros, y c) manifestación notoria e inequívoca de la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida como fundamental en la regulación de la materia”, exigiendo una clara prueba de haberse obtenido un resultado contrario al querido por el ordenamiento jurídico, utilizando deliberadamente una norma para llegar a tal resultado».

llos supuestos en los que la venta a pérdidas no la realiza el minorista ²¹.

— La regulación sobre prácticas desleales que se contiene en la Ley de Competencia Desleal. Así, por ejemplo, aquellos mensajes publicitarios en los que toda una serie de productos (TV LCD, equipo de música, etc.) se ofrecen «gratuitamente» por la compra de una enciclopedia o colección de libros, y donde el valor de esos otros productos es incluso mucho mayor que el de los libros. Estos supuestos encajarían perfectamente en las conductas de competencia desleal recogidas en el artículo 7 (actos de engaño) y artículo 8 (obsequios, primas y supuestos análogos) de la Ley de Competencia Desleal, por lo que estarían prohibidos.

— El artículo 20 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece que «la utilización de concursos, sorteos, regalos, vales-premio o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta de determinados bienes o servicios, será objeto de regulación específica, estableciendo las condiciones de transparencia en que deben producirse y asegurando, en su caso, la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios». En esta línea, el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, y la legislación autonómica de protección al consumidor tipifican «la realización de transacciones en las que se imponga injustificadamente al consumidor o usuario la condición expresa o tácita de comprar una cantidad mínima o productos no solicitados, o la de prestarle o prestar él un servicio no pedido o no ofrecido». Finalmente, el artículo 89.4 del texto refundido LGDCU enumera entre las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato «la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados».

²¹ Vid. Pedro PORTELLANO DÍEZ, «Comentario al artículo 14», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley...*, p. 138.

C) *La venta de promoción*

La noción de ventas de promoción que da el artículo 27 LOCM tiene la naturaleza de una cláusula de cierre, en la delimitación del ámbito de las actividades de promoción de ventas, de carácter residual. En esta línea, «se consideran ventas de promoción o en oferta aquellas no contempladas específicamente en otro de los capítulos del presente Título, que se realicen por precio inferior o en condiciones más favorables que las habituales, con el fin de potenciar la venta de ciertos productos o el desarrollo de uno o varios comercios o establecimientos». Si se atiende a lo que ya se dijo de la relación entre el libro como reclamo comercial y la venta de productos de naturaleza distinta, y al ámbito propio de las anteriores actividades de promoción de ventas, el ámbito en el que actuaría la prohibición del artículo 9.8 LLLB sería aquel en el que libro se ofrece «en condiciones más favorables que las habituales, con el fin de potenciar la venta de ciertos productos». Así, por ejemplo, se podría pensar en la venta de un ordenador que se promociona con el ofrecimiento de venta de una conocida enciclopedia a doce meses y sin intereses. Se trataría de una venta de promoción prohibida por el precepto comentado.

D) *Otras formas de reclamo comercial*

En las páginas anteriores se ha venido relacionando la actividad de reclamo comercial a que se refiere el artículo 9.8 LLLB con las actividades de promoción de ventas reguladas por la legislación sobre comercio minorista. Sin embargo, consideramos que ni siquiera con la cláusula de cierre que supone la definición de la venta de promoción quedan encuadrados todos los supuestos en los que el libro se puede utilizar como reclamo para la venta de otros productos. Sería muy forzado o incluso contrario a la literalidad del artículo 27 LOCM entender que en la expresión «condiciones más favorables que las habituales» se pueden incluir actuaciones tales como ofrecer la posibilidad de obtener un gran best-seller con antelación a su venta en librerías; o ofrecer ejemplares de libros firmados por el autor; o ediciones facsímiles —en ediciones limitadas o incluso no venales—

de joyas literarias, etc. Incluso, en la misma línea que aquí se mantiene, alguna legislación autonómica establece expresamente una vinculación entre estas actividades de promoción de ventas y la idea de ventaja económica ²². Lógicamente, no es que el artículo 9.8 LLLB prohíba este otro tipo de actividades promocionales en todo caso, sino exclusivamente cuando tienen como finalidad promover la venta de productos de naturaleza distinta.

IV. El respaldo sancionador

El artículo 17.2.b) LLLB tipifica como infracción administrativa grave «la utilización del libro como reclamo comercial para la venta de productos de naturaleza distinta en una campaña publicitaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.8» ²³.

1. *La conducta típica: el confuso elemento de la campaña publicitaria*

Lo primero que llama la atención del tipo transcrito es que introduce un elemento que no está expresamente presente en la prohibición comentada del artículo 9.8. En concreto, añade que ese reclamo

²² Por ejemplo, el artículo 42.4 de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre el Régimen del Comercio Minorista y Plan de Equipamientos Comerciales de la Región de Murcia, establece que «la existencia de la actividad promocional será determinada, principalmente, atendiendo a su forma de presentación, de expresión y de difusión publicitaria, prestando especial relevancia al uso de expresiones gramaticales o gráficas aptas para sugerir en el consumidor la existencia de ventajas económicas al adquirir los artículos»; o el artículo 44 que obliga a que «toda actividad promocional de ventas, salvo la venta de saldos, deberá reportar al consumidor final ventajas económicas reales».

²³ En ocasiones, este tipo entrará en situación concursal con la infracción también grave (leve, cuando se trate de un solo ejemplar) tipificada en el artículo 17.2.a) LLLB —«La venta de más de un ejemplar de un libro al público a un precio distinto al fijado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo IV de esta Ley»—, cuando el reclamo comercial precisamente consista en una venta a un precio menor al precio fijo.

comercial se tiene que producir en una campaña publicitaria. El primer criterio de interpretación de las normas jurídicas que establece el artículo 3 del Código Civil es el sentido propio de sus palabras. Ni la Ley de la lectura, del libro y de las bibliotecas define lo que deba entenderse por campaña publicitaria, ni tampoco lo hace la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española —en su tercera acepción incluso menciona expresamente la «campaña de propaganda»— define campaña como «período de tiempo en el que se realizan diversas actividades encaminadas a un fin determinado»²⁴. Esto es, se trata de algo que se mantiene durante un período de tiempo, que consiste en la realización de diversas actividades y cuya finalidad, en lo que ahora nos ocupa, sería la promoción de la venta de un producto. Además, si se atiende a la concepción coloquial de campaña publicitaria, ésta se vincula generalmente con aquella publicidad que se realiza a través de los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión, Internet, etc.). Con estos presupuestos, no se podría calificar como campaña publicitaria, por ejemplo, una actividad de promoción que consistiera exclusivamente en un cartel situado en un determinado *stand* de un gran almacén donde se dijera que en ese concreto día por la compra de un microondas se regala un recetario de cocina. Por tanto, tal conducta —que sí entraría sin lugar a dudas en el ámbito de la prohibición del art. 9.8 LLLB— estaría prohibida pero no sería sancionable, lo que podría tener cierta justificación no sólo si se atiende a la finalidad de la prohibición, sino también desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

No obstante, cabe otra interpretación que equipare la expresión campaña publicitaria con la de publicidad, tal y como ésta se define en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad: «Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y

²⁴ Real Academia Española, 22.^a ed., Espasa Calpe, Madrid, 2003.

obligaciones». Con este planteamiento no cabe duda de que conductas como la anteriormente descrita se encuadrarían en esa noción de publicidad y, por consiguiente, serían sancionables. Pero si esto es así, la idea del reclamo comercial ya lleva implícita la de publicidad, por lo que introducir el elemento de la campaña publicitaria es inútil, redundante y sólo genera una confusión innecesaria.

Una vez expuestos ambos planteamientos, esta criticable situación debe resolverse acudiendo a las consecuencias que se derivan del principio de tipicidad (*lex certa*) en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, esto es, a la exigencia de la predeterminación normativa de la conducta sancionable y uno de sus corolarios que es que ésta debe ser tal que permita una previsibilidad con suficiente seguridad por parte de los destinatarios de la norma de las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada²⁵. Con ese presupuesto, el razonamiento jurídico debe inclinarse a favor de la primera interpretación de las expuestas, no sólo porque es la más respetuosa con esa garantía de previsibilidad, sino también porque es la que extrae una consecuencia de la introducción en el tipo de un elemento adicional y diferente que no está en la prohibición del artículo 9.8 LLLB, cuando el legislador podría haberse limitado a

²⁵ Sobre esta garantía de la previsibilidad subjetiva de las consecuencias de la conducta inherente al principio de legalidad, *vid.*, entre las más recientes, la STC 129/2006, de 24 de abril, recurso de amparo, o la STC 61/1990, de 29 de marzo, que se refiere a una *lex certa* que «permite predecir con suficiente grado de certeza las conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción». Igualmente, el Tribunal Constitucional se ha referido a esta cuestión al ocuparse de la admisión de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en el tipo (*vid.*, entre las primeras, las SSTC 122/1987, 133/1987, 69/1989, 219/1989 o la 149/1991). Todos estos planteamientos han sido reiterados abundantemente por el Tribunal Supremo. En esta línea, la reciente STS de 21 de marzo de 2006, Sala de lo Militar, sostiene que la previsibilidad mínima exigida por la Constitución «es la que facilita una comprensión razonable (de las normas) que la jurisprudencia constitucional ha situado en tres vertientes: a) la semántica; b) la metodológica; c) la axiológica. La actividad sancionadora es previsible si respeta el significado posible de las palabras de la norma, si utiliza métodos de interpretación y aplicación acordes con la lógica y que se encuentran aceptados por la comunidad jurídica y si, finalmente, no se separa de la axiología básica constitucional».

reproducir literalmente la prohibición o a tipificar mediante una simple fórmula de reenvío. Además, no es suficiente argumento en contra la alegación de que de esta manera el incumplimiento de ciertas conductas prohibidas quedaría sin respaldo sancionador, porque, como destacan tanto la doctrina como la jurisprudencia, no toda conducta ilícita debe constituir necesariamente una infracción administrativa ²⁶.

2. *El sujeto responsable*

La infracción comentada no contiene ninguna referencia expresa al sujeto responsable. Sin embargo, puesto que el responsable de toda infracción es quien realiza la acción típica en que ésta consiste, debe tenerse en cuenta el reenvío que el último inciso realiza al artículo 9.8 LLLB. En este sentido, como se expuso, el sujeto destinatario de la prohibición contenida en dicho precepto es exclusivamente aquel establecimiento comercial que se dedica a la venta al por menor. Por tanto, es evidente que sólo el titular, persona física o jurídica, de ese establecimiento puede ser el sujeto responsable de la presente infracción.

²⁶ Al respecto, entre otros, *vid.* Alejandro NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2.^a ed., 1994, pp. 300 y ss.; 4.^a ed., 2005, p. 314 y pp. 359-361, donde desarrolla una controvertida teoría de la tipificación implícita que sería aplicable a estos supuestos.