
IMPLICACIONES COMPETENCIALES DE LA REGULACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

■ ÁNGEL CARRASCO PERERA

La Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (Ley de Comercio) no tiene como objeto propio la regulación de la competencia mercantil desde un punto de vista horizontal (relaciones entre comerciantes), ni define o delimita las estrategias competenciales lícitas desde una consideración jurídico privada. Es una ley de ordenación administrativa de las estructuras y formas comerciales.

Su objetivo ha sido el proveer a las Comunidades Autónomas de medidas administrativas de inspección y sanción de determinadas prácticas o conductas promocionales. Con ello delimita su vocación jurídico pública, su pretensión de definir conductas lícitas desde el punto de vista jurídico administrativo. La infracción de los deberes de conducta impuestos por la norma no se califican por la Ley como infracciones competenciales, sino como infracciones administrativas de consumo y comercio. Con todo, es evidente que la Ley tiene una innegable incidencia competencial. Esta incidencia, considerada ahora desde el punto de vista de las relaciones horizontales entre agentes empresariales, puede resumirse en los siguientes puntos.

1. La violación de normas como ventaja competencial. En primer lugar, toda vez que esta Ley (así como las leyes autonómicas existentes sobre la misma materia) es una ley de regulación de las conductas competenciales administrativamente lícitas, cumple los requisitos que exige el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) para que su infracción pueda valorarse tam-



bién como una infracción civil u horizontal de las reglas de la competencia. De esta forma, el empresario que se ha buscado o procurado una ventaja competencial mediante la infracción de una norma administrativa de ordenación del sector del comercio incurre en competencia desleal frente a sus competidores, y puede ser demandado por éstos ante los tribunales civiles para la cesación de la conducta y la indemnización de los daños (1). Esta eficacia indirecta en el sector regulatorio de la competencia mercantil puede afectar a todas las normas de la Ley de Comercio que determinan las condiciones de licitud de las promociones comerciales (rebajas, saldos, promociones, liquidaciones, sorteos, ventas conjuntas, etc.); pero también a las normas que exigen prerequisites administrativos o barreras de entrada de una determinada actividad comercial (licencia comercial de grandes superficies, registro autonómico de ventas especiales, licencia autonómicas para la realización de ventas especiales, ventas para colectivos especiales, ventas en pirámide, etc.), y a las

que delimitan conductas orientadas a la protección del consumidor (garantías post-venta, derechos de desistimiento). Como veremos más adelante, esta situación se ha revelado especialmente virulenta con la polémica sobre el precio tasado de los libros.

Con todo, la escasa jurisprudencia existente hasta ahora sobre este artículo 15 de la LCD demuestra que los tribunales no son proclives a declarar desleal una práctica comercial que viola una norma cuyo objeto es precisa-

mente restringir o eliminar la competencia.

Este pathos es manifiesto sobre todo en el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), que considera "perverso" o "paradójico" que pueda ser utilizado el Derecho de la competencia precisamente para sancionar estrategias procompetitivas (Resoluciones del TDC de 26 de marzo de 1992, 17 de febrero de 1993 y 16 de abril de 1993, relativas a la infracción de las normas que limitan imperativamente el precio de los libros).

Pero también se aprecia su peso en diversas resoluciones jurisdiccionales, como las de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de mayo de 1995 (venta de libros a precio inferior al fijado por editor, llevada a cabo por cooperativa de consumo) o de La Rioja de 30 de diciembre de 1997 (régimen administrativo de monopolio en la concesión de servicios funerarios). En uno y otro caso, la circunstancia de que la norma infringida fuera precisamente una norma restrictiva de la competencia pudo contribuir a la decisión final.



Especialmente argumentada en este sentido es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de septiembre de 1995, que negó relevancia competencial a la (discutida) infracción de las normas de disciplina de la actividad bancaria por parte de las entidades de crédito que promocionaban ventas a crédito de bienes de consumo en sus oficinas.

2. Las normas como costes. En segundo lugar se hallan las normas que establecen o imponen determinados costes a la actividad comercial. Esta imposición de costes puede ser directa, como ocurre con la regulación que se hace de los pagos a proveedores (art. 17 de la Ley), que constituye un coste regulatorio para las empresas de distribución, o en la regulación de la venta a distancia (especialmente, arts. 42 a 47 de la Ley); o en la regulación de la franquicia (art. 62 de la Ley y el Real Decreto 2485/1988), que constituye un coste de actividad para los franquiciadores. O puede ser el coste indirecto de las sanciones administrativas pecuniaras (arts. 68 a 70).

La infracción de las normas de ordenación por parte de un agente del mercado supone, además de la infracción competencial horizontal que resulta de aplicar el art. 15 LCD, una ventaja competitiva indirecta desde el punto de vista económico, toda vez que el agente infractor manipula con ello sus precios y sus márgenes comerciales por medios distintos de la calidad de sus propias prestaciones. Como, además, la regulación está en gran medida descentralizada en las Comunidades Autónomas, estos costes asociados al cumplimiento de las normas son territorialmente desiguales.

3. Normas de competencia desleal. La tercera forma, y más directa, de incidencia en el régimen de la competencia mercantil se produce por la existencia de normas de ordenación del comercio que coinciden en su supuesto de hecho con normas de la Ley de Defensa de la Competencia y que delimitan de forma pretendidamente horizontal las conductas concurrenciales prohibidas. Este solapamiento se produ-



ce principalmente con la regulación de la venta a pérdida (art. 14 de la Ley, en relación con el art. 17 LCD) y con la venta con obsequio o prima (arts. 32 a 34 de la Ley en relación con el art. 8 LCD). Como estas normas definen en ocasiones el supuesto de hecho de la conducta desleal de forma distinta a la contenida en la LCD, los agentes interesados no sólo pretenderán utilizar estas normas de comercio para obtener satisfacción administrativa a sus demandas, sino también para exigir que dichas normas sean aplicadas por los tribunales ordinarios en lugar y preferentemente a las normas contenidas en la LCD.

• *Competencia desleal y defensa de la competencia.* Todavía podríamos identificar una cuarta zona de incidencia. La doble remisión de los arts. 7 Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y del art. 15 de la LCD permitiría caracterizar la infracción de las normas de ordenación administrativa del comercio como infracciones al régimen mercantil de la competencia desleal y a su vez como supuestos de falseamiento de la libre competencia, cuyo control y sanción corresponde TDC. Con todo, la práctica decidida y constante del TDC de interpretar muy restrictivamente las condiciones de aplicación del art. 7 LDC ha cegado en la práctica la vía de querer reconducir al ámbito de control del TDC a cualesquiera de las conductas competenciales prohibidas o sancionadas por normas sectoriales de ordenación de la actividad comercial.

• *La diversidad legislativa.* Un último nivel de afectación a la competen-

cia proviene de la (legítima) diversidad legislativa entre las distintas Comunidades Autónomas. Esta diversidad está sancionada por el Tribunal Constitucional como no contraria al principio de unidad de mercado, desde el momento en que se admitió la divergencia territorial en la regulación de horarios de apertura de establecimientos comerciales (STC 225/1993). También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir de la sentencia Keck-Mithouard (24 de noviembre de 1993; Asuntos C-267/91 y C-268/91), relativa a una prohibición nacional de reventa a pérdida, ha sancionado esta diversidad como legítima, siempre que se trate de una regulación sobre "modalidades de ventas" y no de una "reglamentación de productos".

En este caso, si la restricción de las "modalidades" de ventas afectan por igual a productos nacionales e importados, y no encubren una restricción a la importación, la medida nacional es admisible, y no contraria a la regla de libre circulación de mercancías, por más que obligue a los agentes económicos a utilizar sistemas de publicidad y métodos de venta distintos en los diferentes Estados miembros. La doctrina se ha extendido a diversas medidas nacionales relativas a prohibiciones de publicidad o ventas o restrictivas de la posibilidad de operar con márgenes comerciales excesivamente bajos o de practicar determinadas promociones comerciales de obsequios o premios o de operar en días feriados.

La afectación que esta doctrina jurisdiccional (nacional y comunitaria) produce en el ámbito de la competencia es sustancial. Aunque en un principio la cuestión parecía quedar reducida en España a la diversidad horaria para la apertura de establecimientos en días feriados, el tiempo ha demostrado que esta diversidad regulatoria es creciente, y que la misma se salda con la imposición de costes diferentes a los distintos operadores, en función del territorio en el que se instalen. Piénsese como ejemplo memorable en la reciente Ley murciana de Comercio Minorista, de 21 de diciembre de 1998, que ha decidido

someter a las tiendas de descuento duro al régimen de la licencia comercial propia de grandes superficies.

LAS VENTAS CON OBSEQUIO

Dejando para un epígrafe posterior lo relativo a la regulación del precio de venta de los libros, expondremos aquí las diversas aplicaciones jurisprudenciales en las que el régimen de las ventas con obsequio (directo o mediante sorteo o concurso) ha encontrado aplicación.

•LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

En el ámbito comunitario se ha planteado el problema de la aplicación del art. 30 del Tratado (prohibición de medidas nacionales de efecto equivalente a una restricción a la importación) a las medidas nacionales que prohíben en su territorio la realización de prácticas comerciales en las que la adquisición de bienes o servicios se acompaña con la entrega de regalos o la participación en un sorteo.

Aplicando la jurisprudencia permisiva de la sentencia Keck-Mithouard, el Tribunal de Justicia ha acabado por admitir la legitimidad de estas medidas nacionales, siempre que se apliquen indistintamente a productos nacionales e importados y que la prohibición obedezca a un motivo legítimo contrastable (STJCE 26 de junio de 1997).

•APLICACIÓN

DE LA LEGISLACIÓN DEL JUEGO

Cuando el obsequio consista en la participación en un sorteo o rifa, la regulación del comercio o de la competencia desleal no puede evitar que, siendo el juego una actividad cuya regulación es competencia de las Comunidades Autónomas, la promoción comercial correspondiente esté sujeta a la posibilidad de que se halle prohibida por la correspondiente legislación autonómica, o sometido a especial autorización (STS, Sala 3ª, 2 de octubre de 1995, RJA 6999). Dado que la aplicación del Derecho público autonómico se determina por criterios estrictamente territoriales, las promociones interautonómicas deben contar con someterse a las



exigencias de cada Comunidad Autónoma en la que se ofrezca al público el sistema de sorteo o rifa.

•LAS OFERTAS VACÍAS

La Ley estatal de Comercio no ha establecido ninguna regla que obligue a mantener las ofertas promocionales durante un tiempo mínimo especificado en la norma. Simplemente se obliga a indicar las fechas de inicio y fin de la promoción. Puede ocurrir entonces que el comerciante lance una oferta promocional atractiva que funcione como un gancho de captación del cliente hacia el establecimiento, pero con tan escasas existencias que los costes asociados a la promoción (normalmente precio bajo coste) se compensan con las adquisiciones de otros bienes o servicios, a las que el cliente se ve abocado cuando se ha desplazado hasta el establecimiento y no encuentra existencias de la promoción en cuestión.

El consumidor resulta normalmente engañado, pues las existencias escasas del producto promocionado no satisfacen la demanda total que genera su oferta al público. No existe jurisprudencia civil que haya tratado este asunto, pero el TDC ha considerado contraria a la competencia una oferta de este tipo, practicada por una empresa perteneciente a una central de compras, cuando tiene por objeto desacreditar a un competidor que practica precios bajos, siempre que aquella oferta carezca de existencias reales para satisfacer la demanda potencial que su carácter sugestivo producirá (Resolución de 11 de diciembre de 1995).

•LAS VENTAS CON OBSEQUIO O PRIMA

El art. 32 de la Ley de Comercio no contiene propiamente ninguna prohibición o limitación de las promociones comerciales por las que se obsequia al comprador con un bien accesorio o adicional, salvedad hecha de la prohibición de concesión de premios condicionados a la adquisición de otro bien.

El art. 34 de la Ley prohíbe la venta conjunta de dos o más unidades de artículos o productos. Pero la falta de coordinación de esta prohibición con la licitud general de la venta con prima, y la misma amplitud de las excepciones acogidas en el propio art. 34 hacen prácticamente irreal el alcance de la prohibición. De manera que el único estándar de licitud competencial de la venta con prima sigue siendo el art. 8 LCD, que sanciona como desleal la venta con regalo cuando éste dificulte gravemente al consumidor la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas; circunstancia ésta que se presume cuando el coste efectivo de la venta exceda del 15% del precio de la prestación principal.

Sobre esta norma, empero, no existen más declaraciones jurisprudenciales conocidas que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 de mayo de 1993, que consideró desleal por este concepto el regalo de una botella de cinco litros de aceite por la compra de un jamón. Personalmente, me parece difícil justificar pronunciamientos de esta clase (y también la norma en que aquellos pronunciamientos se sustentan), cuando resulta que un efecto equivalente al regalo, que es la práctica de un descuento de precio o la simple venta conjunta como una unidad funcional, pueden producir un resultado semejante a la entrega de regalo, sin estar sujetas al límite porcentual del art. 8 LCD.

La jurisprudencia no ha considerado, por lo demás, que se trate de una técnica promocional prohibida la oferta de un regalo que deba ser recogido en una visita o exposición en la que el vendedor ejerce la correspondiente presión para vender otro bien (Senten-



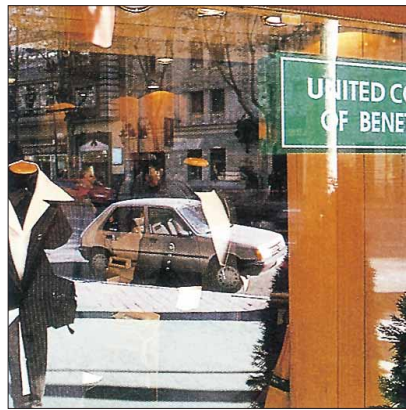
cia Audiencia Provincial Zaragoza, de 17 de febrero de 1996). También el TDC ha sido generoso con la calificación de ciertas prácticas promocionales que, por el contexto en que se produce, pudieran ser considerados como regalos desleales (por poner al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal) o como ventas a pérdida; así ha ocurrido con la técnica de *sampling*, por la que una empresa fabricante de cuchillas de afeitar realiza una promoción temporal de entrega gratuita de muestras de maquinillas de afeitar para que sean probadas por el usuario (Resolución de 29 de enero de 1999).

VENTA DE LIBROS CON DESCUENTO

El supuesto conflictivo es aquí muy típico. Existe una regulación administrativa limitadora de los descuentos admisibles en el precio de los libros (art. 33 Ley 9/1975, de 15 de marzo; art. 15.2 Ley 3/1991, de 10 de enero y art. 1 RD 484/1990, de 30 de marzo). Espoleadas por la gran demanda de libros escolares en los períodos de comienzo de curso escolar, prácticamente todas las grandes empresas de distribución comercial que actúan en España se han lanzado, con mejor o peor fortuna en los Tribunales, a ofrecer promociones comerciales consistentes en que, con la compra de determinado material escolar distinto de libros, se ofrecían bonos para la adquisición de libros, que importaban una cifra mayor que el límite de descuento permitido del 10% del precio de éstos, o bien con la compra de material escolar consistente en libros se ofrecían bonos que daban derecho a descuentos equivalentes en la adquisición de otros bienes.

Las asociaciones minoristas de libreros y otras corporaciones han entendido que esta práctica constituía competencia desleal, por infracción de la norma de ordenación que limita la cuantía de los descuentos a practicar en estos bienes.

La jurisprudencia civil española está dividida. Existe una primera línea de jurisprudencia que admite como lícita semejante práctica, por entender que con ella no se simula un descuento



encubierto, sino que se practica una venta con obsequio, lícita y no afectada por las prohibiciones referidas (Sentencias de la Audiencia Provincial de Palma Mallorca, de 11 de noviembre de 1993; Lugo, de 12 de enero de 1994; Sevilla, de 21 de diciembre de 1996; Valladolid, de 7 de febrero de 1995 y 16 de mayo de 1995; Tenerife, de 16 de diciembre de 1995; y Cádiz, de 18 de junio de 1996).

Para otras sentencias se trata de una conducta prohibida (venta con descuento) que se practica bajo la forma encubierta de una venta con obsequio, y que incurre en competencia desleal, por contravenir una norma de prohibición de una determinada práctica concurrencial, contravención que se sortea en una especie de fraude de ley (Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 24 de enero de 1995 y 11 de abril de 1997; Lugo, de 6 de junio de 1995; Murcia, de 20 de junio de 1996; Sevilla, de 19 de abril de 1996; Badajoz, de 1 de octubre de 1997; Valencia, de 18 de julio de 1997).

Resulta digno de destacar cómo esta diversidad interpretativa se produce a pesar de que la jurisprudencia del TDC sobre este tipo de conflicto resulte extraordinariamente uniforme y contundente: para el TDC semejantes prácticas promocionales referidas a la venta de libros no han merecido nunca reproche desde el punto de vista del Derecho de la competencia, y no son censurables de esconder ninguna rebaja prohibida (Resoluciones de 26 de marzo de 1992, 17 de febrero y 16 de abril de 1993). Basta con constatar aquí

la muy distinta sensibilidad que tienen el TDC y los tribunales civiles sobre lo que debe ser y hasta dónde debe llegar la libertad de empresa. Mientras que para el TDC la promoción expuesta es procompetitiva y favorable al consumidor, para la mayoría de los tribunales civiles es fraudulenta y favorecedora de engaños al consumidor.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algunos extremos de este tipo de conflicto en la Sentencia de 31 de marzo de 1999. A raíz de una demanda del Gremio de Libreros de Valencia contra El Corte Inglés, el Tribunal Supremo ha considerado contrario al art. 15 de la LCD la práctica del descuento del 10% y regalo de otro libro, realizada por este establecimiento en sus propias instalaciones durante la Feria del Libro de Valencia, y fuera del recinto ferial aprobado por el Gremio. Sin embargo, no ha considerado que el descuento en cuestión y el regalo de otro libro constituya en sí una práctica desleal de los arts. 7 y 8 de la LCD, toda vez que no conduce a engaño al consumidor ni le pone en un compromiso de contratar la prestación principal.

Los límites de la jurisdicción civil y los propios condicionantes temporales de las campañas de promoción reducen sustancialmente la importancia de esta tajante división de pareceres. De hecho, dada la duración media de un proceso civil hasta la segunda instancia, es absolutamente seguro que la sentencia se dictará cuando la promoción de ventas ya ha terminado, con lo que la condena a la cesación de la actividad ilícita (art. 18 LCD) carecerá de efecto práctico. Y por lo que se refiere a la condena a la indemnización de los daños producidos a los gremios o asociaciones de libreros, la jurisprudencia no concede nunca esta indemnización, por imposibilidad de la parte de suministrar una prueba creíble que la clientela captada por el competidor con su campaña promocional hubiera adquirido los libros en los establecimientos de los actores. Y si esta prueba no debe considerarse teóricamente imposible de suministrar, sí lo es la prueba suple-





mentaria de cuál sería la porción de esta clientela "capturada" que correspondería a cada uno de los empresarios representados por la asociación o gremio, pues la jurisprudencia civil no concede nunca indemnizaciones colectivas o corporativas, y se requiere la prueba del daño individual sufrido por cada miembro del grupo.

VENTA A PÉRDIDA

El art. 14 de la Ley de Comercio es una de esas normas que, lejos de presentarse exclusivamente como una norma de ordenación administrativa, reelabora el supuesto normativo de deslealtad competencial que se contenía en la LCD. Según el art. 17 de esta última ley, la venta a pérdida sólo podría reputarse desleal cuando el precio de venta fuera susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o cuando tuviese como efecto desacreditar la imagen de un producto o establecimiento o formara parte de una estrategia competitiva encaminada a eliminar a otro competidor.

Sin embargo, el art. 14 de la Ley de Comercio prohíbe con carácter general practicar la venta a pérdida (aunque sólo respecto del comercio al por menor) salvo que con ella se pretenda alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afec-

tar significativamente a sus ventas, o cuando se trate de productos perecederos, de saldos o de liquidaciones.

A esta concurrencia confusa de normativas hay que añadir la posibilidad que dejó abierta de una forma extraña la STC 264/1993, en el sentido de que las Comunidades Autónomas disponen de competencia para prohibir o restringir la admisibilidad de este tipo de ventas cuando con ello se pretenda proteger de error a los consumidores, pero no cuando la prohibición persiga proteger a otro competidor frente a las estrategias de desprestigio o eliminación. Distinción ésta que es ciertamente imposible de trazar, toda vez que los efectos asociados a estas ventas son efectos acumulados, y la intención del agente que la practica no parece que pueda dividirse entre finalidades que se solapan entre sí.

En la experiencia jurisprudencial de la prohibición de venta a pérdida pueden distinguirse dos grandes ámbitos. En primer lugar, la práctica de precios predatorios por empresas o conjuntos de empresas que individual o conjuntamente ocupan una posición de dominio en el mercado de referencia del producto o servicio. La política comercial de precios predatorios se presenta en este caso como una estrategia de eliminación del competidor, y posterior reforzamiento de la posición dominante, con una recuperación ulterior del

nivel de los precios, toda vez que la posición monopolista del agente ha sido restaurada o reforzada.

La consideración como práctica competencial abusiva sujeta al art. 6 LDC ha sido una constante en la práctica del TDC. Desde la importante Resolución de 22 de mayo de 1992 (precios predatorios de dos empresas con posición dominante en el mercado de bragas-pañales para niños), pasando por la Resolución de 22 de octubre de 1994 (no consideración de abuso por precios predatorios a la publicación y entrega gratuita de una guía industrial por parte de una Administración pública) hasta la Resolución de 16 de febrero de 1999 (precios predatorios practicados por Tabacalera para eliminar competidores en el segmento de los cigarrillos "Farias").

El punto de vista del TDC nada tiene que ver con la aplicación de los arts. 17 LCD o 14 Ley de Comercio, sino con la determinación y sanción de las prácticas de abuso de posición dominante que consistan en la práctica de precios predatorios. En esta tesitura, el TDC ha elaborado dos reglas. En primer lugar, que la aplicación de la norma no puede depender del criterio automático basado en los costes, pues dicho criterio no permite apreciar la intencionalidad del autor o las estrategias a largo plazo. En segundo lugar, la existencia de un precio inferior a la media de los costes totales, pero superior a la media de costes variables será predatoria cuando exista intención de eliminar a un competidor o disuadirlo de que actúe en el mercado.

El segundo ámbito de actuación jurisprudencial ha tenido unos efectos más limitados. Cuando no se ha tratado de denunciar un abuso de posición dominante ante el TDC, y sí de protestar contra la conducta desleal contraria a los arts. 17 LCD o 14 Ley de Comercio, el número y el valor doctrinal de la jurisprudencia disminuye. La impresión que uno recibe de esta jurisprudencia es que los actores se encuentran normalmente con dificultades casi insuperables para probar el coste de producción o adquisición del bien, y las demandas no suelen prosperar.



La demanda prospera en supuestos muy claros en que la política de precios predatorios ha sido convenida dentro de una estructura común con objeto de eliminar a un competidor ajeno a la cadena (SAP de Alicante, de 26 de diciembre de 1996: central de compra que vendía electrodomésticos a pérdida), o cuando la situación de competencia es tal que en el mercado relevante sólo existen dos empresas, y la política de precios es ostensiblemente predatoria, y orientada a afirmar una posición de monopolio (SAP de Alicante, de 25 de septiembre de 1998: empresa de autoescuela que practica precios bajo coste para eliminar a su único competidor).

Fuera de estos casos, las demandas se desestiman. No se consideró venta a pérdida el regalo de una lata de aceite de cinco litros con la compra de un jamón, o la de una botella de vino por la de un pollo asado (SAP de Cantabria, de 12 de mayo de 1993). También el TDC ha sido proclive, por cierto, a huir de la prohibición de venta a pérdida cuando la práctica comercial en cuestión podía, no sin esfuerzo, ser calificada igualmente como una política de promociones comerciales con entrega de obsequio (así, la promoción "dos por uno", que ha sido declarado no abusiva: TDC, de 20 de abril de 1990 y 12 de enero de 1991).

La imposibilidad de discriminar la estructura real de costes es lo que lleva a la SAP de Badajoz de 11 de noviembre de 1997 a desestimar la demanda de declaración de competencia desleal por venta a pérdida del pan.

La SAP de Asturias, de 4 de octubre de 1995, declaró como lícita una política agresiva de captación de clientela de la empresa donde antes trabajaba el agente, aunque esta estrategia se sostuviese sobre márgenes comerciales muy reducidos.

Todavía no existe una jurisprudencia relativa a la aplicación administrativa del art. 14 Ley de Comercio. La impresión general es que las Administraciones autonómicas de comercio interior o consumo no están especialmente motivadas, ni seguramente pre-



paradas, para proceder a la aplicación administrativa de la prohibición de la venta a pérdida. La determinación de los costes de adquisición o producción del minorista puede ser una tarea tan compleja y trabajosa que seguramente ello actúa como desincentivo para la práctica de inspecciones de este tipo.

CADENAS HORIZONTALES Y PRÁCTICAS CONCERTADAS

Especialmente relevante a este respecto es la Resolución del TDC de 11 diciembre de 1995, sobre la existencia de prácticas prohibidas por el art. 1 LDC de un conjunto de empresas pertenecientes a una central de compras.

Desde el punto de vista de la compatibilidad de una cadena o central de compras con el Derecho de la competencia, el TDC sostiene que, aunque la pertenencia a dicha central comporta la existencia de acuerdos necesariamente contrarios a la competencia desde una consideración aislada (pactos de abastecimiento común, de publicidad común, precios iguales), los beneficios que tal sistema procura a la competencia en general son superiores a sus costes. Por medio de estas agrupaciones, los pequeños distribuidores pueden defenderse de las estrategias agresivas de grandes empresas, permitiendo, por ende, la subsistencia de una oferta más plural. Es evidente, además, que se produce una ventaja apropiable por los

consumidores, pues la existencia de estas cadenas reduce el precio final. La merma de competencia dentro de la cadena se compensa con un aumento de competencia entre cadenas y grandes superficies, que es positivo en general, al menos mientras la cadena no ostente una posición de dominio.

FRANQUICIAS

El régimen de la franquicia no se agota con la regulación de comercio, y presenta problemas contractuales y competenciales ajenos al ámbito propio de la Ley de Comercio. A pesar de que esta Ley (art. 62) y su Reglamento de desarrollo (RD 2485/1998, por el que se crea el Registro de Franquiciadores) han conseguido administrativizar el régimen de la franquicia en parte, no se conocen prácticas administrativas efectivas que se orienten a la defensa de los intereses de los franquiciadores, que la Ley y el Reglamento quisieron instaurar. De hecho, incluso, aunque el Reglamento crea el Registro estatal de Franquiciadores, y prevé la existencia de Registros autonómicos propios para los franquiciadores que tengan su domicilio en las Comunidades Autónomas (2), de hecho todavía no ha sido puesto en marcha ninguno de estos Registros, ni parecen existir incentivos poderosos para que las Administraciones autonómicas vayan a incurrir en costes de este tipo para dedicar sus





recursos a la defensa contractual civil de los franquiciadores, sin que se aprecie, como no se aprecia en efecto, cuál es la incidencia que ello puede tener el interés público.

PROYECTOS DE REFORMA

Sendas Proposiciones de Ley del Partido Popular y del Partido Socialista, actualmente en las Cortes, pretenden reformar, apenas tres años después de su puesta en vigor, los arts. 14 y 17 de la Ley de Comercio. Ambas pretenden neutralizar diversas estrategias empresariales que han venido siendo usadas en gran medida para neutralizar totalmente los efectos pretendidos por la prohibición de venta a pérdida y por la regulación de los pagos a proveedores.

En cuanto al art. 14 de la Ley, las reformas propuestas se ordenan en dos sentidos. El Partido Popular pretende que se aplique el art. 14 a las adquisiciones hechas por minoristas a comerciantes mayoristas y entidades intermedias, que utilizan los minoristas para centralizar sus compras y procedimientos de gestión; de esta forma, el precio de adquisición por parte del minorista se manipula artificialmente en este escalón de la cadena, impidiendo que se pueda dar el supuesto de una venta a pérdida en la que el precio final sea inferior al coste de adquisición o reposición. La Proposición del Partido Socialista coincide con la del Popular en su pretensión de atajar otras de las estrategias de elusión sistemática de la

prohibición del art. 14. Se pretende ahora conceder un plazo perentorio de aceptación y modificación de facturas, de forma que las facturas no contestadas en este plazo por el minorista no pueda ser rectificadas ulteriormente a la baja, cuando el minorista requiere de ello al fabricante para evitar una inspección o una medida sancionadora denunciada.

La reforma del régimen de los pagos a proveedores procede de la constatación de la inutilidad del precepto de la Ley de Comercio para abreviar y asegurar los pagos que los distribuidores aplazan a los fabricantes. La norma vigente no impone, a diferencia de su correspondiente norma francesa, un régimen de plazos máximos. Se limita a exigir el libramiento de efectos cambiarios cuando el pago se aplaza más de sesenta días. Si el aplazamiento es superior a ciento veinte días, el vendedor "podrá" exigir que queden garantizados con aval bancario o seguro de caución.

Como puede comprenderse, la norma presentaba un flanco muy débil frente a estrategias de elusión de todo tipo. Los distribuidores podían exigir a los vendedores que retrasaran o aplazaran la emisión de la factura correspondiente. Además, la potestad de exigir un aval o seguro es perfectamente inútil si el que está llamado a concederlo no lo hace, o si, como es más fácil, pacta con el vendedor que éste renuncia a su derecho; o, sin más, intimida a este vendedor para no hacer uso del mismo.

El Partido Popular propone simplemente remitir estos extremos a un código de buenas costumbres comerciales, a la espera de que se apruebe la Directiva comunitaria relativa a la armonización en cuanto a los plazos de pagos y de lucha contra la morosidad. El Partido Socialista propone que, cuando el aplazamiento supere los setenta y cinco días, el efecto cambiario deberá ser endosable a la orden, de modo que los vendedores puedan descontar el mismo en los bancos. Además, se impone como imperativo el aval cambiario o seguro en aplazamientos superiores a ciento veinte días. Por último, se impo-



ne la obligación de emitir facturas en los treinta días a partir de la entrega de la mercancía, o en caso de múltiples operaciones, dentro del mes natural en el último día del mes.

Con respecto a la Propuesta de Directiva a la que se ha hecho referencia, al menos en la última versión conocida, no contiene ningún término final imperativo para los aplazamientos de pago. Simplemente se limita a establecer que, a falta de pacto, el aplazamiento no deberá exceder de 21 días naturales. Es improbable, de esta forma, que la futura Directiva pueda incidir de modo sustancial en el problema de los pagos a proveedores. □

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

NOTAS

(1) Según el art. 15 de la LCD

"1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.
2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial".

(2) Los franquiciadores extranjeros que no tengan un domicilio en España se inscribirán directamente en el Registro estatal; los demás, se inscribirán en el estatal conforme a los datos suministrados por los Registros autonómicos.

