

La venta a pérdida tras la declaración del Tribunal de Justicia de que la legislación española no respeta el Derecho de la Unión Europea. Y ahora... ¿qué?

Ángel García Vidal

Profesor acreditado como catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela
Consejero académico de GA_P

Tras la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-295/16, Europamur Alimentación, S. A., y Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se suscitan múltiples interrogantes, a los que se intenta dar respuesta en este documento.

1. Preliminar

La legislación española regula en la actualidad la venta a pérdida en dos textos legales: la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y la Ley de Competencia Desleal (LCD).

- a) Conforme a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (art. 13), los precios de venta de los artículos serán determinados y ofertados libremente con carácter general de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de defensa de la libre y leal competencia, con las excepciones establecidas en leyes especiales.

No obstante, pese al establecimiento de este principio general de libertad de precios, el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista establece la prohibición de la venta a pérdida, prohibición que sólo se levanta en cuatro supuestos muy concretos (la venta de saldos, la venta en liquidación, los casos en que quien lleve a cabo la venta

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas, y la venta de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización).

Por lo demás, el legislador español extendió la aplicación de este régimen de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no sólo al comercio minorista, sino también al comercio mayorista (en virtud de la disposición adicional sexta de dicha ley). Y, además, se prevé que en esos supuestos tasados en que se admite la venta a pérdida habrá que respetar igualmente lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal.

- b) En esa ley (la LCD) se contiene un precepto dedicado expresamente a la venta a pérdida. Se trata del artículo 17, en el que se sienta como regla general la libre fijación de precios y, en consecuencia, la licitud de la venta a pérdida («salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre»), para acto seguido establecer tres casos en los que la venta efectuada por debajo de su coste o de su precio de adquisición se reputará desleal: a) cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; b) cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos, y c) cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.
- c) El incumplimiento de la prohibición de venta a pérdida contenida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se configura en dicha ley como una infracción grave (art. 65c) que se sanciona con multa de 6000 a 30 000 euros, correspondiendo la competencia sancionadora a las comunidades autónomas.

Por lo demás, si la venta a pérdida supone un incumplimiento de la Ley de Competencia Desleal, procederán igualmente las acciones civiles por competencia desleal y, en caso de que se trate de un acto de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecte al interés público, la venta a pérdida también podría llegar a constituir una conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia (art. 3) y dar lugar a las sanciones correspondientes.

2. La sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre del 2017

En este contexto normativo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acaba de dictar una relevante sentencia en la que analiza si el régimen legal español sobre la venta a pérdida se ajusta al Derecho de la Unión Europea. Se trata de la Sentencia de 19 de octubre del 2017, en el asunto C-295/16, *Europamur Alimentación, S. A., y Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*, pronunciada a raíz de una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Murcia en el marco de un litigio en el que la Administración autonómica murciana sancionó

a un mayorista por haber efectuado ventas a pérdida y, por tanto, haber infringido la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

En esencia, lo que se le preguntaba al Tribunal de Justicia era si la prohibición de venta a pérdida establecida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista respeta o no la directiva sobre las prácticas comerciales desleales [Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo del 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo].

Y el Tribunal de Justicia (tras destacar que la regulación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sobre la venta a pérdida debe ser juzgada a la luz de la directiva, pues persigue finalidades relacionadas con la protección de los consumidores), responde que la directiva «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia directiva».

Procede, pues, analizar cuál es el verdadero alcance y el impacto de esta declaración en la legislación española.

3. ¿Es realmente nueva la jurisprudencia del Tribunal de Justicia?

Muchas de las afirmaciones del Tribunal de Justicia no son novedosas.

No lo es el hecho de considerar la venta a pérdida como una práctica comercial que entra en el ámbito de aplicación de la directiva. Porque ya en su Auto de 7 de marzo del 2013 (as. C-343/12, *Euronics Belgium*) había declarado que las acciones de venta a pérdida funcionan como un reclamo y persiguen atraer a los consumidores a los locales comerciales de un comerciante e incitarlos a comprar. Por tanto, se inscriben la estrategia comercial de un operador y tienen por objeto directo la promoción y el incremento de las ventas de éste, de donde se deduce que constituyen prácticas comerciales en el sentido del artículo 2, letra d, de la directiva sobre las prácticas comerciales desleales y, en consecuencia, están incluidas en su ámbito material de aplicación.

Tampoco es novedoso el motivo de base por el que el Tribunal de Justicia considera que la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se aparta de la directiva.

En efecto, según el Tribunal de Justicia, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no se ajusta a la directiva porque ésta no establece una prohibición general de la venta a pérdida

en el anexo I de la directiva —que es donde se enumeran de forma exhaustiva las conductas desleales en cualquier circunstancia—). Y, dado que la directiva establece una armonización completa en materia de prácticas desleales de las empresas con los consumidores, las legislaciones nacionales —en este caso, la española— no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la referida directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores.

Pero esto ya había sido declarado por el Tribunal de Justicia, tanto con carácter general (en su Sentencia de 14 de enero del 2010, as. C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, y en su Auto de 30 de junio del 2011, as. C-288/10, *Wamo*), como con relación a la venta a pérdida. Porque ya en el Auto de 7 de marzo del 2013 (as. C-343/12, *Euronics Belgium*) había declarado que la directiva se opone a una disposición nacional que establezca una prohibición general de poner a la venta o de vender bienes a pérdida, en la medida en que dicha disposición persigue finalidades relacionadas con la protección de los consumidores. Según el referido Auto de 7 de marzo del 2013, la venta a pérdida no puede prohibirse en cualquier circunstancia, sino solamente a raíz de un análisis específico que permita comprobar su carácter desleal. Es preciso, pues, que los órganos competentes puedan «determinar, teniendo en cuenta el contexto fáctico de cada supuesto, si la operación comercial en cuestión presenta carácter “desleal” a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la directiva sobre las prácticas comerciales desleales».

Pues bien, es a partir de este punto donde se encuentra el nuevo desarrollo del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 17 de octubre del 2017 que ahora nos ocupa. Porque en realidad lo que estaba en juego en este caso era dilucidar si la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, al establecer la prohibición con carácter general y, posteriormente, enumerar algunas excepciones, deja o no el necesario margen de apreciación a los órganos competentes. Y el Tribunal de Justicia da una respuesta negativa, al entender que la prohibición general hace que los tribunales no puedan determinar en cada caso la deslealtad de la venta a pérdida. Y, más aún si, como establece la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, es el sujeto que efectúa la venta a pérdida quien debe probar que concurre alguna de las excepciones a la prohibición de las ventas con pérdida, que —además— obedecen a criterios que no se han previsto en la directiva.

4. Principales implicaciones de la sentencia

4.1. La necesidad de modificar la regulación de la venta a pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista

La primera consecuencia del fallo del Tribunal de Justicia es que el Reino de España deberá proceder a modificar la regulación de la venta a pérdida contenida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Y deberá hacerlo para eliminar la prohibición general de la venta a pérdida e introducir —si se desea continuar regulando la venta a pérdida en

dicha ley— una normativa en la que sólo se pueda prohibir la venta a pérdida tras un examen particular de cada caso concreto en el que se analice si existe una práctica comercial desleal (por ser contraria a los requisitos de la diligencia profesional y por distorsionar o poder distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica o el del miembro medio del grupo si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores —y en particular por constituir una práctica engañosa o agresiva en el sentido de la directiva—).

Por lo demás, deberá quedar meridianamente claro en la nueva regulación que quien alegue que la venta a pérdida supone una práctica comercial desleal deberá ser quien lo acredite, sin que quepa invertir la carga de la prueba y exigir que sea el comerciante que efectúa la venta quien tenga que probar su licitud, ya que esa forma de proceder es una medida más restrictiva que la directiva (cuya introducción —como ha recordado el Tribunal de Justicia— está prohibida).

Desde luego, este cambio normativo de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista eliminará las dificultades y divergencias interpretativas que se aprecian en la actualidad a la hora de determinar la concurrencia de las excepciones a la prohibición de la venta a pérdida, por ejemplo, en qué casos un comerciante tiene la intención de «alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas».

4.2. *¿Es preceptivo que el cambio normativo afecte también a las ventas al por mayor?*

Como se ha recordado, en la actualidad, la regulación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se aplica tanto a las ventas minoristas como a las mayoristas. Y, de hecho, el asunto que dio lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia versó sobre la sanción a una compañía por ventas a pérdida al por mayor. Ello provocó que el Gobierno de España y la Comisión Europea alegasen que el Tribunal de Justicia carecía de competencia para resolver la cuestión. Sin embargo, el tribunal entendió que tiene tal competencia cuando las disposiciones de la directiva sobre las prácticas comerciales desleales han sido declaradas aplicables por el Derecho nacional a situaciones que, como aquella sobre la que versa el litigio principal, no están incluidas en el ámbito de aplicación de la propia directiva.

Pues bien, sobre esta base, si el Reino de España decide que las ventas a pérdida cuenten con una misma regulación —con independencia de que sean mayoristas o minoristas—, deberá ajustar su regulación al contenido de la directiva sobre prácticas comerciales desleales.

Pero nada impide, a mi juicio, que a partir de ahora se introduzca un régimen diferenciado para las ventas minoristas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y otro para las mayoristas. Si así se hiciese, la regulación de las ventas minoristas debe ajustarse a la doctrina del Tribunal de Justicia. Pero, en cambio, el régimen de las ventas al por mayor podría ser diferente (porque no están sujetas a la directiva de prácticas comerciales desleales, como recuerda el propio Tribunal de Justicia en el apartado 30 de la sentencia cuando afirma que, «en el presente asunto, del auto de remisión resulta que las disposiciones de la directiva sobre las prácticas comerciales desleales han sido declaradas aplicables por el Derecho nacional a situaciones que, como aquella sobre la que versa el litigio principal, no están incluidas en el ámbito de aplicación de la propia directiva»).

Otra cosa es —claro está— que pueda tener algún sentido seguir prohibiendo la venta mayorista a pérdida cuando la minorista tiene que pasar a estar, como regla general, permitida.

4.3. *¿Se ha visto afectada la Ley de Competencia Desleal?*

La sentencia del Tribunal de Justicia se limita a analizar la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, sin que exprese consideración alguna sobre la regulación española de la venta a pérdida contenida en la Ley de Competencia Desleal. No obstante, cabe examinar si la doctrina del Tribunal de Justicia afecta de algún modo a la regulación contenida en el artículo 17 de esta última ley mencionada.

En primer lugar, debe destacarse que, en la actual configuración de la Ley de Competencia Desleal, el artículo 17 no se ocupa de regular la venta a pérdida como una práctica comercial con los consumidores y usuarios. Baste tener en cuenta que el citado artículo se contiene en el capítulo II, dedicado a los «actos de competencia desleal», mientras que las prácticas comerciales con los consumidores o usuarios se establecen en el capítulo III. Y, según el artículo 19.1 de la misma ley, «únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley».

Por lo tanto, puede entenderse que el mencionado artículo 17 no está incorporando la directiva sobre prácticas comerciales desleales y, en consecuencia, el legislador no queda sujeto a la doctrina dictada por el Tribunal de Justicia al interpretar la directiva. Pero es que, además, el artículo 17 respetaría tales criterios porque no establece una prohibición general de la venta a pérdida, sino que únicamente lo hace en tres casos concretos en los que concurren elementos de deslealtad (engaño, denigración o conducta predatoria), elementos que además coinciden, al menos en parte, con los establecidos en la Directiva para las prácticas desleales.

4.4. *¿Cabría derogar la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en este punto y mantener únicamente la regulación de la Ley de Competencia Desleal?*

Partiendo de lo anterior, cabe preguntarse también sobre la posibilidad de derogar la regulación de la venta a pérdida contenida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista dejando únicamente en vigor la disciplina incluida en la Ley de Competencia Desleal.

En mi opinión, ésa sería una solución factible. Porque en tal caso los actos de venta a pérdida que no tengan la consideración de práctica comercial con los consumidores o usuarios quedarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal. Y, cuando la venta a pérdida sí sea una práctica comercial con los consumidores o usuarios, será de aplicación la cláusula general del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal, según la cual se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, entendiendo contrario a las exigencias de la buena fe, en las relaciones con consumidores y usuarios «el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores». Por lo tanto, de este modo se estaría respetando la doctrina del Tribunal de Justicia, pues no se prohíbe la venta a pérdida con carácter general, sino que son los órganos competentes los que deben realizar la preceptiva valoración de la deslealtad de la conducta.

4.5. *¿Sigue siendo posible la previsión de un régimen administrativo sancionador?*

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide que se establezca un régimen sancionador administrativo de las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios. Es cierto que la sentencia se refiere siempre a la apreciación del carácter desleal de la venta a pérdida por parte de los órganos jurisdiccionales, pero nada impide que las prácticas comerciales desleales sean reprimidas también por los órganos administrativos. De hecho, el artículo 11 de la directiva permite expresamente que los Estados miembros establezcan procedimientos judiciales y también procedimientos administrativos, por lo tanto, en modo alguno ha desaparecido la posibilidad de que se siga configurando la venta a pérdida como infracción administrativa.

Lo único que sucede es que las sanciones administrativas por ventas a pérdida ya no podrán imponerse con carácter automático por parte de los órganos administrativos porque éstos, como los jurisdiccionales, deberán comprobar previamente que —en cada caso concreto— concurren elementos de los cuales se constate la existencia de una práctica

comercial desleal (extremos que deberán ser acreditados antes de poder imponer la sanción, sin que proceda, como hasta ahora, la inversión de la carga de la prueba).

En todo caso, en la medida en que la directiva de prácticas desleales ha sido objeto de transposición inadecuada por parte del legislador español (como expresamente reconoce el Tribunal de Justicia), las sanciones impuestas al amparo de un precepto (art. 14 LOCM) que no se ajusta a la directiva pueden ser objeto de revisión. Cabe esperar pues una avalancha de recursos al respecto.

5. Conclusión: toma de posición de los lobbies frente a los cambios normativos futuros

Constatada la necesidad de modificar la actual regulación, se han puesto en marcha los distintos grupos de presión. De un lado se encuentran los defensores de la libertad de precios como manifestación de la libertad de empresa, los cuales entienden que debe aprovecharse la necesaria reforma de la venta a pérdida minorista para permitir la venta a pérdida mayorista. Y junto con ellos se ha alzado la voz de numerosos grupos, en especial de productores agroalimentarios, que entienden que al permitirse la venta a pérdida se incrementará la presión de las cadenas de distribución para que los productores reduzcan el precio. Y, en tal sentido, alguna asociación de productores ya ha instado a la Unión Europea a que adopte los cambios normativos que procedan para prohibir la venta a pérdida.