



**Universidad de Jaén**

Facultad de Ciencias Sociales  
y Jurídicas

## Trabajo Fin de Grado

**ANÁLISIS DE LA REFORMA DE LA  
LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO  
MINORISTA.**

**SENTENCIA Nº C-295/16 DEL TRIBUNAL  
EUROPEO DE JUSTICIA, 19 DE OCTUBRE  
DE 2017.**

**Alumna: ANA MARÍA MEDINA GARCÍA**

**Mayo, 2019**

|                                                                                                                     |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1. RESUMEN.....</b>                                                                                              | <b>3</b>  |
| <b>2. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN A LA VENTA BAJO PRECIO DE ADQUISICIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. ....</b>              | <b>4</b>  |
| 2.1. Concepto. ....                                                                                                 | 4         |
| 2.2. Relevancia jurídica: efectos perniciosos para quién, por qué. ....                                             | 6         |
| 2.3. Reacción normativa en España. ....                                                                             | 8         |
| <b>3. ANTES DE 2018.....</b>                                                                                        | <b>11</b> |
| 3.1. Dualidad normativa.....                                                                                        | 11        |
| 3.1.1. Identificación de las zonas de no concurrencia y de concurrencia dentro de la materia civil y mercantil..... | 14        |
| 3.1.1.1. Zonas de no concurrencia .....                                                                             | 15        |
| 3.1.1.2. Zonas de concurrencia .....                                                                                | 16        |
| 3.2. Ley 3/91, Competencia Desleal. Aplicación práctica .....                                                       | 17        |
| 3.2.1. Regulación de la competencia desleal en el derecho español .....                                             | 19        |
| 3.2.2. Tipificación de actos de competencia desleal.....                                                            | 20        |
| 3.3. Ley 7/96, Ordenación del Comercio Minorista. Aplicación práctica. ....                                         | 23        |
| 3.3.1. ¿Cómo ha de ser la oferta comercial? .....                                                                   | 24        |
| 3.3.2. ¿Qué normativa regula los precios? .....                                                                     | 25        |
| 3.3.3. ¿Cómo adquieren los comerciantes sus productos? .....                                                        | 25        |
| 3.4. Comparación del artículo 17 de la Ley 3/91 y del artículo 14 de la Ley 7/96: diferencias y semejanzas. ....    | 27        |
| <b>4. DESPUÉS DE 2018.....</b>                                                                                      | <b>29</b> |
| 4.1. Justificación de la reforma: Sentencia del TJUE. ....                                                          | 29        |
| 4.2. Contenido de la reforma.....                                                                                   | 31        |
| 4.3. Efectos.....                                                                                                   | 32        |
| <b>5. CONCLUSIONES. ....</b>                                                                                        | <b>35</b> |
| <b>6. BIBLIOGRAFÍA. ....</b>                                                                                        | <b>37</b> |
| 6.1. Legislación.....                                                                                               | 37        |
| 6.2. Sentencias. ....                                                                                               | 38        |
| 6.3. Obras doctrinales.....                                                                                         | 38        |

## **1. RESUMEN**

El presente Trabajo Fin de Grado se enmarca dentro del estudio de las distintas leyes que regulan la venta bajo precio de adquisición, como son la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en su artículo 14 y la Ley de Competencia Desleal en su artículo 17.

En primer lugar, se explicará el contenido de ambas leyes para entender el marco en el que se encuentran encuadrados dichos artículos. Una vez hecho dicho análisis En segundo lugar, se analizará lo el texto recogido en concreto en ambos artículos y se llevará a cabo una comparación entre ellos para observar cómo un mismo hecho puede estar regulado en dos leyes distintas y que en cada una se establezca una cosa diferente.

A este respecto, se analizará el contenido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que España ha sido obligada a modificar el contenido del precepto 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, al ir este artículo en contra de lo recogido en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

**PALABRAS CLAVE:** comercio minorista, competencia desleal, venta bajo precio de adquisición, doble regulación.

## **ABSTRACT**

This final year project forms part of a study of different acts that regulate the low-price sales, such as the Act on Retail Commerce, in its Article 14, and Unfair Competition Act, in its Article 17.

Firstly, I will explain the content of both acts to exhibit the frame in which the above-mentioned articles appear. Secondly, I will analyze a specific text collected from both articles and carry out a comparison between both of them to observe how the same fact can be regulated in two different acts and that in each of them is established a different information.

In that regard, I would draw your attention to the judgment handed down by the Court of Justice of the European Union (ECJ) for which Spain has been obliged to modify the wording of the Article 14 of the Act on Retail Commerce, as this article went against what was gathered in the Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market.

**KEYWORDS:** retail commerce, unfair competition, low-price sales, double regulation.

## 2. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN A LA VENTA BAJO PRECIO DE ADQUISICIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.

### 2.1. Concepto.

Para poder dar una definición clara y precisa del término venta bajo precio de adquisición debemos acudir al artículo 17 de la *Ley de Competencia Desleal*<sup>1</sup>, que enuncia lo siguiente:

*“1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.*

*2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:*

*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 ajeno.*

*c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado”.*

Si nos acogemos a lo enunciado en el primer apartado del precepto anteriormente expuesto, hay que dejar claro que las empresas son libres de fijar el precio al que venden sus artículos. Por otro lado, tampoco se prohíbe explícitamente precios inferiores a los establecidos en el mercado, exceptuando los casos que sí pueden ser calificados como desleales, expresamente recogidos en dicho artículo. Como consecuencia de esto existen ciertas circunstancias en las que la “venta a pérdida”, o también llamada “venta bajo coste” o “bajo precio de adquisición”, será desleal.

En la legislación del Comercio Minorista viene referida con carácter general este tipo de venta. En esta ley se tiene en cuenta que existe una venta a pérdida en los casos en los que el precio que tiene dicho producto es inferior al precio de adquisición que debe de estar reflejado en algún documento, como puede ser la factura. Hay que señalar de forma general que la venta a pérdida está prohibida, aunque dicha prohibición, enunciada en el artículo 14 de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*<sup>2</sup>, tiene una serie de

---

<sup>1</sup> Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE 10 de enero de 1991).

<sup>2</sup> Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE 17 de enero de 1996).

matices. Uno de estos matices sería la venta de saldos y ventas en liquidación. En este caso sí podría llevarse a cabo una venta al público con pérdida. (Recogidas dichas situaciones en los *artículos 28- 31 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*). Por otro lado, dicha regulación (*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*) legisla una serie de ventas de carácter especial, así como acciones que fomenten el comercio, con la excepción de lo dispuesto en las diferentes leyes que pueden ser promulgadas por las Comunidades Autónomas haciendo uso de sus facultades que tengan sobre dicha disciplina.

Si hacemos referencia a las actividades de promoción de ventas se debe señalar que se trata de un método de comunicación y marketing empresarial, que debe ser desarrollado en un mercado organizado. Aquí es donde se puede observar la estrecha conexión que existe entre la legislación del comercio de venta al por menor con la normativa de competencia desleal.

Ahora bien, no será posible llevar a cabo ofertas ni ventas al público con pérdida que se encuentren excluidos de los hechos mencionados anteriormente, es decir, venta de saldos y ventas en liquidación. El *artículo 28 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en su apartado 1*, define el concepto legal de ventas de saldo: “*se considera venta de saldos la de productos cuyo valor de mercado aparezca manifiestamente disminuido a causa del deterioro, desperfecto, desuso u obsolescencia de los mismos, sin que un producto tenga esta consideración por el solo hecho de ser un excedente de producción o de temporada*”. Se extrae que un “saldo” está unido a una disminución del valor de un producto. Este tipo de ventas deben de publicitarse bajo dicha denominación o con la de “*ventas de restos*”.

Se debe señalar que una venta que lleve aparejado un riesgo o un engaño no puede calificarse como saldo, al no ser una venta que se encuentra ajustada a la ley. Una venta que tenga estas características debe considerarse una venta desleal. Lo mismo debe ocurrir cuando se ofrece una serie de artículos a un precio inferior, pero realmente no se llegan a vender a dicho precio. En esta venta hay que añadir que existe un engaño para el comprador.

Por otro lado, el término de venta en liquidación se presupone como una actividad de carácter excepcional y cuyo propósito es la de deshacerse de una cantidad de existencias de productos. Esta excepción hay que vincularla con la duración temporal en la que se puede llevar a cabo. El lapso de tiempo máximo de este tipo de ventas es de un año y no está permitido liquidar nuevamente en esa tienda, con artículos parecidos a la

realizada previamente, durante el plazo de tres años, con las excepciones de tener que ejecutar una resolución judicial o administrativa, la total interrupción del ejercicio o por causas de fuerza mayor. En dichos supuestos mencionadas de promoción de ventas - saldos y liquidación- pueden hacerse u ofertarse ventas al público con pérdidas.

La *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* dispone que no podrán llevarse a cabo ofertas o ventas al público con pérdida, al margen de las actividades de venta a saldos o en liquidación. Se exceptúa el supuesto en que la persona que lleve a cabo estas ventas quiera alcanzar los precios de alguno de sus competidores que tengan capacidad de afectar a las propias ventas. También cuando se refiera a mercancías que tengan caducidad próxima a su inutilización. Hay que señalar que la restricción de la venta con pérdida desaparece si concurren algunas de las circunstancias mencionadas anteriormente.

Por último, se entiende que no se aceptarán los casos en los que la oferta o realización de una venta con pérdida están permitidos, si estos vulneran lo que se recoge en los preceptos de la *Ley de Competencia Desleal*. Así pues, pese a que la *Ley de Competencia Desleal* indica que el establecimiento de los precios es libre, la venta efectuada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se califica de desleal cuando puede llevar a una posible equivocación a los compradores sobre el nivel de precios o de otras mercancías o servicios del propio local comercial; también cuando su finalidad sea desprestigiar la percepción de un artículo o un comercio foráneo; finalmente, cuando sea una táctica para excluir competidores. Lo que realmente se requiere es un fin anticompetitivo, pero no la conclusión de tal fin. Se entiende desleal la maniobra empresarial de comerciar a pérdida para echar a los competidores del mercado o imposibilitar que accedan o se asienten en el mismo, a pesar de que la estrategia sea inútil -art. 17 LCD-. En la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, en ninguna circunstancia las ofertas o los regalos a los clientes podrán emplearse para trata de evadir el uso de las disposiciones en materia de venta a pérdida.

## **2.2. Relevancia jurídica: efectos perniciosos para quién, por qué.**

La finalidad y el ámbito de aplicación de la Ley se encuentran definidos en las disposiciones generales. El precepto primero de la *Ley de Competencia Desleal* establece lo siguiente: “ (...) esta Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos

*de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad (...)*”. La Ley intenta proteger los intereses de todas las personas, ya sean físicas o jurídicas, que sean perjudicadas por la competencia. Se tratan de salvaguardar los intereses de los comerciantes, el interés del conjunto de compradores y el interés público del Estado.

Si hablamos desde una perspectiva subjetiva, hay que señalar de un lado que la norma se ejecutará “*a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado*”, según lo reflejado en el artículo 3.1 de dicha norma, viniendo a establecer que se encuentran subordinados a la normativa los conocidos como operadores económicos, un término más extenso que el de empresario y que abarca a todas las personas que forman parte del mercado y disfrutan de una posibilidad de incidir sobre el mismo. Un ejemplo de los mismos serán los entes públicos, los sindicatos, etc. Por otro lado, este empleo “*no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal*” como se señala en el precepto tercero en el apartado segundo. Esto significa que para que pueda catalogarse de conducta desleal no será necesario que la persona que sufra el perjuicio sea considerada competidor directo o indirecto del que ha realizado el acto desleal, sino que podrá ser otro consumidor o empresario que no concurra con el autor del hecho.

Añadamos que, desde una perspectiva objetiva, la *Ley de Competencia Desleal* debe ser de aplicación para todas las actividades que se realicen en el mercado con fines concurrenciales. Para que un comportamiento sea denominado ilícito a los efectos de la *Ley de Competencia Desleal* se necesitan dos hipótesis. En primer lugar, es indispensable la intervención en el mercado, promocionando o asegurando la divulgación en el mismo de prestaciones propias o de un tercero. En segundo lugar, se necesita que tengan fines concurrenciales.

En la propia ley se ha de suponer la intención concurrencial del acto cuando, por los motivos con los que se lleve a cabo, se desvele ciertamente apropiado para impulsar o garantizar la divulgación en el mercado de los servicios propios o de un tercero. De hecho, el apartado segundo del artículo 2 de la *Ley de Competencia Desleal* insta una presunción “*iuris tantum*”, la cual debe comprenderse, excepto prueba en contrario, por comportamiento en el mercado con un propósito concurrencial. En este caso, es suficiente que la acción o el comportamiento sea adecuado para incidir en la organización del mercado o dañe la postura concurrencial de alguna de las partes favoreciendo realmente,

por lo menos de manera visible, la posición de la otra parte económica que confluye en el mercado. Como fija la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010*<sup>3</sup>, es suficiente que el comportamiento posea una “*aptitud objetiva*” para incurrir “*real o potencialmente en el tráfico económico*” con predisposición a provocar, a pesar de no conseguirse lo que se desea, lo que se conoce como “*distorsión de la decisión de consumo*”.

Por otro lado, las acciones a evaluar se deben de tener por independientes de las acciones comerciales o contratos a los que pudieran estar vinculados. Para estas situaciones, la *Ley de Competencia Desleal* es de aplicación en cualquier acto de competencia desleal que se haya llevado a cabo con anterioridad, con posterioridad o en el transcurso de una acción comercial o de un contrato, con independencia de que los mismos se hayan llegado a producir o no.

### **2.3. Reacción normativa en España.**

Después de un tiempo de abstención del Estado, y tras la *Constitución Española de 1978*<sup>4</sup>, la competencia desleal se halla reglada por la *Ley 3/1991, de 10 de enero*. En el Preámbulo de dicha norma se admite que el legislador se había olvidado de la institución de la competencia desleal, lo cual había contribuido a que se crease un método intermitente. Esta reglamentación supone el fin de la falta de legislación que oprimía a la institución, pretendiendo establecer un “*marco jurídico cierto y efectivo, capaz de dar cauce a la cada vez más energética y sofisticada lucha concurrencial*”, como refleja en el párrafo segundo del Preámbulo de la Ley. El incremento de la demanda social, así como la exigencia de adaptar esta parte de la normativa, por un lado, al derecho internacional y por otro a los valores de la *Constitución*, provocaron una normativa basada en los objetivos de generalidad, modernidad e institucionalidad. La modificación de la posición era clara: frente a las antiguas ideas de protección profesional o corporativa, nació un precepto que tenía por propósito tanto el amparo de los intereses de los contratantes en el comercio, por ejemplo, la salvaguarda del consumidor, como el orden económico asumido por el Estado.

---

3 Sentencia del Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo Civil, de 22 de noviembre 720/2010.

<sup>4</sup> Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978).

Ciertamente, la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal* intenta defender la competencia “*en interés de todos los que participan en el mercado*” (artículo 1), incluida la publicidad ilícita. Al contrario de las legislaciones de defensa de la competencia, que pretenden velar por el mercado con las prácticas de las empresas, los mandatos de competencia desleal tratan de controlar las conductas erróneas del mercado. De esta forma, además de cuidar el mercado y a los competidores, protegen los intereses de los consumidores.

Entre los cambios experimentados por la *Ley de Competencia Desleal* sobresale, por su intensidad, la implementada por la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre*<sup>5</sup>, con la que, para acrecentar la seguridad de los consumidores y usuarios, se cambia el marco legal de la competencia desleal y de la publicidad. Dicha modificación se realiza para adecuar la normativa española a distintas directivas comunitarias que habían llevado a cabo alteraciones sustanciales en diferentes niveles del mercado interior que mostraban una gran correspondencia entre sí, pudiendo ser la competencia desleal, la publicidad, la seguridad de los consumidores y el comercio minorista<sup>6</sup>. La anexión al Derecho Español de las directivas se implementa con la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre*, que, entre diferentes leyes, cambia la *Ley de Competencia Desleal*. La finalidad es que la normativa defensora de los usuarios del comercio se incluya de una manera acorde en la reglamentación del mercado, establecida parte de la misma por la *Ley de Competencia Desleal*, una manera de testificar que ese amparo sea el más positivo y que la ordenación del mercado no quede desarticulada. Tal y como se enuncia en el *Preámbulo de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre*, “*(...) las normas que imponen la protección de la libre competencia o prohíben la competencia desleal protegen a los consumidores de la misma manera que protegen el funcionamiento del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo. Es por ello que esta ley articula la protección de los consumidores teniendo en cuenta las exigencias del propio mercado y los legítimos intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo (...)*”.

---

<sup>5</sup> Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE 31 de diciembre de 2009, pp. 112039-112060).

<sup>6</sup> En la exposición de motivos de la *Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, de 15 de enero*, se enuncia que “es preciso que el mercado garantice la óptima asignación de los recursos a través del funcionamiento de la libre y leal competencia”.

Para alcanzar dicha meta, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, cambia la Ley de Competencia Desleal, entre otros asuntos, en relación con la disposición general que enuncia lo siguiente: “(...) para aclarar que, en las relaciones de los empresarios o profesionales con los consumidores, la deslealtad de una conducta vendrá determinada por la concurrencia de dos elementos: que el comportamiento del empresario o profesional resulte contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores, y que éste sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio (entendiendo por tal el consumidor o usuario medio) o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica. El concepto de «consumidor medio» ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no en términos estadísticos, sino como la reacción típica del consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. En consecuencia, no es un término que la ley haya de definir, sino que han de ser los tribunales los que van a efectuar su concreción en cada caso concreto. Que la referencia para calificar un comportamiento como desleal sea la reacción típica del consumidor medio no supone, sin embargo, que grupos de consumidores más vulnerables queden desprotegidos, toda vez que la ley exige que se tenga en cuenta la reacción típica del consumidor medio al que se dirige la práctica, o la reacción típica del consumidor medio de un grupo especialmente vulnerable, cuando el acto de competencia sólo es susceptible de alterar el comportamiento económico de un grupo concreto de consumidores especialmente vulnerables, ya por circunstancias personales o sociales. Se establece un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y agresivos, siendo exigible igual nivel de corrección con independencia de que sus destinatarios sean consumidores o empresarios. Se supera de esta manera la tradicional distinción entre los actos desleales y la regulación de la publicidad ilícita por desleal o engañosa (...)”.

De igual modo, hay que reseñar que dicha Ley se decanta “ (...) por mantener la Ley General de Publicidad, más allá de una norma meramente contractual. La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de los ciudadanos es cada vez mayor y trasciende del mero ámbito consumista o concurrencial, por lo que una norma con vocación generalista deviene imprescindible, respetando, en todo caso, los objetivos de armonización de las directivas europeas que esta ley incorpora a nuestro ordenamiento jurídico (...)”.

Por otro lado, con el cambio de la *Ley de Competencia Desleal* por la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre*, se dedica un apartado completo “(...) a regular los actos de competencia desleal que, afectando también a los competidores, se considera que sólo son susceptibles de perjudicar a sus destinatarios cuando estos son consumidores y usuarios. Tal es el caso de las omisiones engañosas o de las prácticas que la norma comunitaria establece que son desleales en todo caso y cualquiera que sea la circunstancia en la que se produzcan (...)”. Y añade a la *Ley de Competencia Desleal* “(...) un nuevo capítulo destinado a regular los códigos de conducta que, con pleno respeto a las normas sobre competencia, contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos por la normativa comunitaria (...)”.

Para concluir, hay que decir que la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre*, de igual forma cambia el apartado de la *Ley de Competencia Desleal* consagrado a disposiciones de carácter procesal “(...) para incorporar las reglas sobre la carga de la prueba en relación con la veracidad y exactitud de las afirmaciones de hecho realizadas por los empresarios o profesionales y para incorporar las acciones de cesación frente a las prácticas desleales que perjudican los intereses económicos de los consumidores y, en coherencia con la regulación adoptada sobre los códigos de conducta, las acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta que infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en actos de competencia desleal y frente a los responsables de tales códigos cuando éstos fomenten actos desleales(...)”.

### **3. ANTES DE 2018**

#### **3.1. Dualidad normativa**

Dejando al margen las críticas que han recibido las diferentes teorías que han intentado justificar la existencia del Derecho Mercantil como Derecho autónomo independiente del Derecho Civil, el escenario que se presenta hoy en día es el formado por la coexistencia de dos legislaciones sin su correspondiente separación jurisdiccional.

De modo que, junto a normativa específica sobre la materia mercantil, hay una legislación civil aplicable, en cierta medida, a la misma disciplina como Derecho supletorio, lo que obliga a fijar un principio que ayude a precisar el ámbito de aplicación de una y otra, especialmente en el ámbito práctico, solucionando las dificultades de diferenciación entre ambas. Esta dualidad ocasiona un problema de límites.

Será en los sectores limítrofes de ambos reglamentos donde pueden aparecer zonas o puntos de concurrencia, en los cuales se podrá plantear hasta qué punto la dualidad normativa es necesaria o, en cambio, no existe una justificación práctica y únicamente ocurre por una carencia de voluntad para iniciar su modificación. El problema de los límites sucede en la práctica cuando a la hora de usar un reglamento jurídico u otro en un hecho concreto y, a causa de la ausencia de organización en el trabajo de los codificadores y de la elaboración *del Código de Comercio*<sup>7</sup> anteriormente al *Código Civil*<sup>8</sup>, este cabe ser regido por dos doctrinas que en algunos casos pueden llegar a establecer cosas distintas, pero en otros decir exactamente lo mismo.

El uso de una norma a un supuesto de hecho regulado se lleva a cabo en dos fases:

1. En primer lugar, habría que establecer si el hecho a analizar es o no mercantil, usando para ello el criterio enunciado en el precepto segundo del *Código de Comercio*, “...serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.” El mismo no termina de solucionar el problema de la determinación de la mercantilidad del acto.
2. Por otra parte, una vez que se ha establecido el carácter mercantil, en ciertos casos con una gran dificultad para diferenciar los distintos supuestos de hecho, se tienen que seleccionar dentro del *Código de Comercio* las normas específicas más correctas para el hecho. A su vez, se tienen que establecer las normas que son de aplicación del *Código Civil* en defecto de las normas mercantiles. De manera que la carencia de normativa en el *Código de Comercio* para reglar o establecer una relación jurídica es compensada por los preceptos del Derecho Civil.

---

<sup>7</sup> Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE 16 de octubre de 1885).

<sup>8</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889).

Esta llamada del *Código de Comercio* al Derecho Común se lleva a cabo, unas veces en preceptos de uso limitado a materias concretas, y otras con un ámbito de aplicación más amplio en normas como las expuestas a continuación:

- El artículo 2 cuando enuncia que *“los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.”*
- Y el artículo 50 del *Código de Comercio* expone que *“los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.”*

El Derecho Común rige en materia de contratación mercantil no únicamente como Derecho supletorio, sino a su vez como Derecho coexistente, de forma que en el primer aspecto se tiene que observar en su uso el orden de prelación de fuentes del Derecho Mercantil recogido en el artículo 2º. Por el contrario, en el segundo aspecto, para el uso concurrente del Derecho Común y del Derecho Mercantil se exponen los siguientes argumentos:

- La correlación entre ambos no viene únicamente enunciada en el artículo 50 del *Código de Comercio*, sino especialmente por el poco número de preceptos generales de legislación mercantil en materia de contratación. Pese a que se fijan en primer lugar las disposiciones del *Código de Comercio* y de las normativas especiales, realmente la contratación se encuentra dominada en sus aspectos básicos por las normas del Derecho Común.
- Posteriormente, la coexistencia entre el Derecho Común y el Derecho Mercantil se cambia continuamente a consecuencia de la evolución de estos.

De igual manera, el *Código Civil* fija la relación de supletoriedad en relación con el Derecho Mercantil en su artículo 4.3 donde expone lo siguiente *“las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.”*

La corroboración de la coexistencia de los *Códigos de Comercio y Civil*, al igual que los problemas de aplicación de la normativa a los casos concretos, necesitará un paso más en el estudio.

Este paso conlleva la necesidad de averiguar, a la vista de la realidad positiva, cuáles son las zonas de concurrencia. Dicho de otra manera, cuáles son las zonas que se encuentran reglamentadas en ambos Códigos y cuáles no, por tratarse de materias propias o del *Código Civil* o del *Código Mercantil*, sin que entre ellas haya ningún tipo de interferencia.

### **3.1.1. Identificación de las zonas de no concurrencia y de concurrencia dentro de la materia civil y mercantil.**

El Derecho Mercantil ha pasado de ser un derecho propio de una clase de ciudadanos, como son los comerciantes, a sufrir una generalización. Debido a esto, las normas que nacieron con un ánimo de especialidad se han ido generalizando, de forma que cualquier ciudadano puede hacer uso de estas provocando que su especialidad desaparezca sin ningún tipo de justificación en algunas materias, al tiempo que el desarrollo social y económico se centra en la especialización de otros ámbitos.

La generalización de las normas jurídico-mercantiles conlleva que la separación existente entre el Derecho Mercantil y el Derecho Civil sea cada vez más difusa, llegando a existir instituciones que se encuentran doblemente reguladas en base a distintos criterios.

Este hecho de “generalización del Derecho Mercantil” crea entre la doctrina la sensación de que lo que surge como especial, el Derecho Mercantil, al ampliar el ámbito de aplicación complica la determinación de las normativas que le alejan del Derecho Civil como Derecho común.

Una de las conclusiones a la que se puede llegar es que cuando una disciplina se generaliza, de especial puede pasar a común y, en consecuencia, confundirse con la que siempre ha sido materia común o a su vez dejar a la materia común sin ninguna aplicación práctica.

Continuando con esta premisa, parte de lo que previamente era derecho especial ahora puede que ya no sea así por haberse transformado en común y se tenga que fijar como común lo que anteriormente únicamente era especial. O, dicho de otro modo, el Derecho Mercantil dejará de ser especial. A pesar de todo no desaparecerá, sino que se

transformará, a causa de su generalización, en común en las materias que se encuentran reguladas tanto por el Derecho Mercantil como por el Derecho Civil.

#### **3.1.1.1. Zonas de no concurrencia**

La existencia de sectores jurídicos donde no ocurra ningún problema de concurrencia probaría, hasta cierto punto, la existencia de distintos Códigos, entendidos como cuerpo normativo que regulan distintas realidades y, por consiguiente, con justificación propia.

Así, el *Código de Comercio* abarca instituciones genuinamente mercantiles, creadas de forma concreta por el Derecho Mercantil, y que, en atención a lo cual, tendrán que continuar como materias específicas de un *Código de Comercio*. Son las que se exponen a continuación:

- El Estatuto del Comerciante, tanto individual como social: la figura del comerciante aparece con el nacimiento del Derecho Mercantil, o más concretamente, este nace para regular las necesidades del comerciante. Dicha figura hoy en día sigue vigente, aunque sea de una forma distinta a la de cuando nació el Derecho Mercantil, o bien establecida en realidades diferentes, lo que corrobora la existencia de un *Código de Comercio* o una legislación especial que cubra la figura del comerciante.
- Títulos valores: pese a la generalización, se mantiene como una figura específica del Derecho Mercantil.
- Operaciones bursátiles: la contratación en bolsa siempre se ha considerado objeto de regulación por el Derecho Mercantil y lo continuará siendo.
- Derecho Marítimo: incluso dentro de la materia mercantil se establece una regulación que tiene carácter especial y se encuentra regulada de forma separada.
- Patentes, signos distintivos y protección de la empresa: la obligación de identificar a una empresa justifica que se considere una materia de carácter mercantil.
- Los contratos de empresa: continuando con el criterio de la empresa, de igual forma son materia regulada por el Derecho Mercantil los contratos que son de una empresa o, dicho de otro modo, que no pueden efectuarse sin la

participación de ésta (contrato de seguro, contratos bancarios, contrato de venta sobre documento, etc.).

De la misma manera, el *Código Civil* comprende normas e instituciones que únicamente son propias y que de igual forma nunca podrán ser objeto de mercantilización. Es el caso de:

- El Derecho de la Persona: la normativa sobre la persona es el centro del Derecho Civil. La persona entendida en sí misma es objeto de protección y defensa para el Derecho Civil.
- Las normas sobre el Derecho de Familia: si la persona es objeto de regulación en el Derecho Civil, también será de regulación exclusiva el conjunto de normas que establezcan su posición jurídica dentro de la familia, dado que en el ámbito de esta es donde la persona nace, vive y muere.
- Las normas que regulan la sucesión mortis causa.
- Las normas sobre Propiedad y Derechos Reales: en estas materias siempre va a existir una diferenciación entre un *Código Civil* y un *Código Mercantil* o, como mínimo, entre dos áreas del derecho que regulan diferentes situaciones con justificación propia.

No obstante, en estas situaciones es sencillo fijar las diferencias. Por el contrario, en las que tienen una doble regulación no es tan fácil. Dicho de otra manera, el problema surge en las zonas conflictivas o de concurrencia y es en éstas donde se tiene que buscar la solución adecuada.

#### **3.1.1.2. Zonas de concurrencia**

Como se ha expuesto previamente, puede ser que la ausencia de coordinación entre los legisladores produjera una doble regulación en ciertas materias entre el *Código Civil* y en el *Código de Comercio*, en gran parte carente de justificación práctica.

Esta doble regulación se fundamentaría, en cierto modo, y desde una visión histórica, en el hecho probado de que la codificación mercantil antecedió a la codificación civil, lo que supuso que el *Código de Comercio* apenas nombrase algunas materias ante la inminente publicación del *Código Civil*. Además, lo realizó debido a la inexistencia en dicho Código de una serie de materias que no pertenecían en absoluto al Derecho especial.

Esta puede ser una de las causas que implique que en el *Código de Comercio* se incluyesen las “*Disposiciones generales sobre los contratos de comercio*”. A

consecuencia de esto, en las modificaciones que ha ido sufriendo el *Código de Comercio* del 29 se ha cambiado sobre todo lo relacionado con las obligaciones y los contratos. Estas modificaciones han consistido en la disminución de los artículos que hacían referencia a aquellos. Dichas reducciones se justificaron bajo la premisa de que el *Código Civil* ya estaba publicado y se centraba ampliamente en estas cuestiones, lo que provocaba que fuese innecesario que existiese una regulación parecida en el *Código de Comercio*.

Pese a esto, en el *Código de Comercio* aún se mantienen un total de catorce artículos que causan una concurrencia en la normativa de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles bajo la visión de la teoría general. De igual modo, existe una regulación duplicada en una serie de figuras contractuales.

La justificación de este hecho de concurrencia se sustenta en que la coordinación entre los codificadores de ambos Códigos se completó únicamente a medias.

Anteriormente se han establecido los ámbitos que son propios del Derecho Mercantil y del Derecho Civil. Ahora se van a exponer los ámbitos en los cuales la división no es muy clara.

Las áreas de duplicidad normativa pueden concretarse fundamentalmente en dos, las cuales exponemos a continuación:

- El Derecho de Sociedades: esta es el área con doble regulación, donde la regulación mercantil se encuentra más fundamentada al tratarse de la sociedad mercantil, la única con un protagonismo real en la vida del tráfico jurídico-económico.
- La Teoría General de las Obligaciones y Contratos civiles y mercantiles. Diferentes tipos contractuales: se diferencian las obligaciones y contratos civiles y mercantiles, existiendo hasta un total de siete contratos regulados en ambos Códigos.

### **3.2. Ley 3/91, Competencia Desleal. Aplicación práctica**

Dentro del ámbito contractual gobierna el principio de buena fe, el cual es el principio de comportamiento básico al que los sujetos contractuales tienen que acogerse.

Hay unas reglas parecidas para el proceder en los mercados y para las relaciones entre los competidores. Estas son las reglas de competencia leal, los cuales se encuentran

recogidos en el artículo 10 bis del *Convenio de la Unión de París* <sup>9</sup>, el cual enuncia lo siguiente: “1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; c) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.” Y que hoy en día encontramos en la *Ley de Competencia Desleal del año 1991*, con las variaciones que la *Ley 29/09* ha introducido a la misma.

La *Ley de Competencia Desleal* tiene una serie de semejanzas, pero a su vez también unas diferencias muy notables, con la *Ley de Defensa de la Competencia*<sup>10</sup>. Esta Ley es una ley administrativa sancionadora, la cual permite que la autoridad, ya sea europea, estatal o autonómica, sancione a las sociedades que se aprovechen de su situación de superioridad en el mercado.

Sin embargo, la *Ley de Competencia Desleal* preserva un fin distinto: el de cada compañía que participa en el mercado, y que por ende tienen un derecho lícito a que el resto de los competidores actúen de forma acorde a la ley. En consecuencia, la *Ley de Competencia Desleal* es un ordenamiento jurídico con una esencia privada, al no autorizar que las administraciones apliquen sanciones. Solo permite que el empresario perjudicado apele ante los Juzgados de lo Civil y solicite al Juez que le impida al competidor desleal proseguir con su actividad y que le castigue a reparar los daños y perjuicios ocasionados.

---

<sup>9</sup> Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en la Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

<sup>10</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 4 de julio de 2007, pp. 28848-28872).

Esta diferencia expuesta anteriormente es muy clara en el Derecho comunitario, ya que un hecho es la protección de la competencia y otro la competencia desleal. Una normativa es esencialmente administrativa y sancionadora, mientras que la otra es civil y privada. No obstante, el jurisconsulto español, en una enmienda del año 99, ha perturbado la relación. Conforme al artículo 3 de la *Ley de Defensa de la Competencia*, la Comisión Nacional de la Competencia (CNMC) puede aplicar castigos por las actuaciones de competencia desleal si los mismos tergiversan de forma considerable los requisitos de la competencia en el mercado y se ve perjudicado el interés público.

Desde mediados del siglo pasado se ha ido instaurando en las sociedades más avanzadas el denominado “modelo social” de la competencia desleal. Dicho modelo percibe la reglamentación sancionadora de la competencia desleal como un ordenamiento defensor de los intereses de los competidores y de los usuarios, así como del propio interés público en la consecución de un orden concurrencial no falseado. A dicho modelo responde la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*. El artículo 1 de la mencionada Ley establece la finalidad de la misma, enunciando que “*esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.*”

### **3.2.1. Regulación de la competencia desleal en el derecho español**

La normativa base es la *Ley de Competencia Desleal*. No obstante, continúa en vigencia el artículo 10 bis del *Convenio de la Unión de París* (CUP), de 20 de marzo de 1883, para la *Protección de la Propiedad Industrial*, el cual fue revisado en Estocolmo en el año 1967. El mencionado artículo establece en su apartado segundo que “*constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial*”. El *Convenio de la Unión de París*, aun tratándose de Derecho interno, no resulta de aplicación a los problemas que por materia de competencia desleal se produjeran entre comerciantes de nacionalidad española. El campo de aplicación del *Convenio de la Unión de París* se ciñe a los conflictos en los que tome parte un extranjero. Sin embargo, a los mismos también le es de aplicación la *Ley de Competencia Desleal*. La misma es mucho más meticulosa. El artículo 10 bis del *Convenio de la Unión de París* únicamente permanece como un principio programático.

La *Ley de Competencia Desleal* representa un esfuerzo de estructura de esta incierta modalidad. Pese a no promulgarse en base a ninguna Directiva Comunitaria, la composición conferida por la *Ley 29/09* sí incorpora los reglamentos comunitarios europeos en dicho ámbito. Dicha ley tiene una abundancia de nociones jurídicas indeterminadas que los Tribunales deben de ir concretando, conforme van dando solución a las demandas de los perjudicados.

En el ámbito objetivo, la *Ley de Competencia Desleal* prohíbe las actividades de competencia desleal que cumplan dos condiciones:

- que se lleven a cabo dentro del mercado; esto es, que sean acciones de repercusión externa.
- Que se realicen con fines concurrenciales; en otras palabras, que la acción tenga como fin el favorecer la divulgación en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

Dentro del marco subjetivo, la *Ley de Competencia Desleal* se aplica a todo empresario, profesional y a cualquiera persona física o jurídica que intervenga en el mercado (artículo 3 de la *Ley de Competencia Desleal*). Están sometidos a ella, en consecuencia, no únicamente las empresas sino de igual manera los profesionales liberales, del sector agrícola, etc. El artículo 3.2 establece que esta Ley se aplicará aun cuando no exista una relación de competencia entre la parte activa y la parte pasiva de la acción de competencia desleal. De esta manera, si una sociedad vende un artículo que copia al de sus competidores, los clientes afectados por dicho actuación de competencia desleal, y no únicamente la sociedad competidora imitada, tienen la posibilidad de denunciar dicha situación.

Por último, en el ámbito territorial lo importante es que las situaciones provoquen actos sobre el mercado interior. Es indiferente que esta situación se lleve a cabo dentro del territorio nacional o que infractor tenga fijada la residencia en España.

### **3.2.2. Tipificación de actos de competencia desleal**

La normativa recoge una gran lista de hechos tipificados como competencia desleal. Dichos preceptos abarcan conductas ilícitas, como puede ser injuriar a un competidor. No obstante, la *Ley de Competencia Desleal* establece una serie de acciones que son reputadas lícitas. Algunas de estas son la copia de mercancías ajenas, la discriminación con un fin justificado o la libertad de precios.

Anteriormente la redacción de la *Ley de Competencia Desleal* establecía una cláusula general muy simple, puesto que en su precepto quinto establecía lo siguiente “*se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*” y seguidamente se detallaban unas acciones que se reputaban desleales. La nueva elaboración concebida por la *Ley 29/09*, conserva la cláusula general en su artículo 4.1, aunque incluye un complicado y amplio articulado que viene a disipar las exigencias del ilícito, el cual pasa a ser, además de la buena fe, la diligencia profesional y las practicas honestas en el mercado.

El artículo 4, en su apartado primero, párrafo 2, expone qué se ha de interpretar por “comportamiento económico”. Se incorpora asimismo un nuevo punto, en el que se expone que, para el reconocimiento de las conductas cuyos receptores sean los consumidores, se habrá de considerar al “*consumidor medio*”. Esta idea se convierte en una de las incorporaciones más importantes de la *Ley 29/09* en la normativa de deslealtad concurrencial.

La razón de este procedimiento legislativo (cláusula general más tipificación específica de los ilícitos) cumple con el requisito de proveer de protección jurídica a la prohibición. El principio general es de tal conceptualización que resulta difícil establecer su efecto concreto mientras no se elabore un dilatado conjunto de leyes. Como consecuencia de este motivo, la norma ha recogido las acciones fundamentales de competencia desleal: actos de confusión, omisiones engañosas, prácticas agresivas, obsequio con presentes, actos de denigración, competencia, actos de imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual, violación de normas, discriminación y venta con pérdidas.

Estas específicas acciones reguladas pueden ser estructuradas de la forma que se enuncia a continuación:

- Acciones que supongan un aprovechamiento indebido de un competidor. Hay una regulación concreta sobre marcas, patentes, diseño industrial, normativa que preserva determinados signos, inventos o procedimientos del empresario, siempre y cuando lo inscriban en un registro público. No obstante, dicha protección en algunos casos podría llegar a ser insuficiente ya que en la práctica ocurren muchos hechos en los que un competidor se beneficia irregularmente de los éxitos ajenos. Este disfrute indebido puede conllevar competencia desleal cuando constituyan actos de confusión, actos de engaño, actos de imitación o la explotación de la reputación ajena.

- Información falseada sobre el competidor. En la misma se incorporan acciones de denigración que reduzcan la credibilidad de un tercero en el mercado, a menos que sean exactos, verdaderos y pertinentes (artículo 9 de la *Ley de Competencia Desleal*) y los actos de comparación, excepto que se puedan verificar, referidos a aspectos análogos y relevantes y no sean engañosos o denigrantes (artículo 10 de la *Ley de Competencia Desleal*). En la composición otorgada por la *Ley 29/09* se incluye un caso cuando la comparativa se lleva a cabo por la publicidad.
- Dependencia económica. La explotación, llevada a cabo por una entidad con una mejor posición en el mercado, de la condición de dependencia económica de sus compradores o vendedores, los cuales no tenga un camino distinto a su ejercicio, igualmente puede generar una competencia desleal (artículo 16.2 de la *Ley de Competencia Desleal*). Así mismo, el reglamento establece como desleal la desvinculación de las relaciones comerciales sin un aviso previo de medio año, excepto cuando se incurra en un incumplimiento grave o intervenga fuerza mayor (artículo 16.3 a) de la *Ley de Competencia Desleal*), e incluso cuando medien amenazas de ruptura de relaciones para conseguir unas condiciones mejores (artículo 16.3 b) de la *Ley de Competencia Desleal*).
- Operaciones irregulares. En estas se incluyen las acciones de dumping o venta a pérdidas, la discriminación de un consumidor y la entrega de obsequios.
- Divulgación o explotación de secretos empresariales (artículo 13). El comerciante que desarrolla consigue una seguridad jurídica completa cuando solicita una patente. Los inventos que no se patentan pasan a ser de dominio público. No obstante, la *Ley de Competencia Desleal* castiga dicho “*know how*” cuando se difunde de forma irregular o se consigue mediante un espionaje industrial.
- El incumplimiento de los reglamentos. En el caso de que conceda al competidor una notable ventaja, dicha violación supone competencia desleal (artículo 15 de la *Ley de Competencia Desleal*). En concreto, dicha Ley admite que se reclame frente a competidores que lleven a cabo prácticas colusorias o que abusen de su posición dominante.
- Actividades comerciales con consumidores o usuarios. Una de las novedades mas notorias de la nueva composición de la *Ley de Competencia Desleal* conferida por la *Ley 29/09* está en la diferenciación subjetiva de ilícitos. Dicho

en otros términos, atiende al que sea el perjudicado por una práctica comercial desleal y agrupa en distintos estamentos a los empresarios, profesionales y consumidores.

### **3.3. Ley 7/96, Ordenación del Comercio Minorista. Aplicación práctica.**

La *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, define como comercio a toda actividad que es desempeñada por un conjunto de personas, profesionalmente y con un ánimo de lucro, consistente en la venta a sus compradores finales de toda clase de artículos, utilizando o no un establecimiento. El objetivo de esta norma radica en instituir un conjunto de normas en el sector de la distribución y reglar las nuevas fórmulas contractuales, pretendiendo ser los cimientos para la actualización de las estructuras comerciales nacionales, ayudando a enmendar los desajustes entre las grandes y pequeñas sociedades y, especialmente, a la conservación de la libre y leal competencia. Se entiende que ello se concretará en una mejora constante de los precios y de la calidad y resto de requisitos de la oferta y servicio público, y en una actuación más eficaz que será beneficiosa para el consumidor.

En dicha Ley se establecen los siguientes conceptos básicos, recogidos en los artículos 2 a 6:

- Establecimientos comerciales. Tendrá esta consideración toda instalación inmueble de venta o ambulante para la venta a los consumidores en el cual, el propietario ejerza de manera permanente o habitual su actividad profesional.
- Libertad de empresa. La práctica comercial se tutela por el principio de libertad de empresa y encuadrada dentro de la economía de mercado, según se recoge en el artículo 38 de la norma suprema del Ordenamiento Jurídico español.
- Libre circulación de bienes. Se aplica el principio de la libre circulación de mercancías en el país, según se enuncia en el precepto 139.2 de la *Carta Magna*. Los diferentes organismos públicos deberán implantar medidas adecuadas para impedir que la libertad de circulación de los artículos sea falseada.
- Libertad de establecimiento comercial. El uso de forma legal del terreno para la edificación de locales comerciales conforma un derecho que se encuentra amparada en el precepto de libertad de empresa, siendo los poderes públicos

quienes deben proteger la libre decisión empresarial para el montaje y acondicionamiento de los locales comerciales dentro de lo establecido en la regulación actual.

### **3.3.1. ¿Cómo ha de ser la oferta comercial?**

Se enuncian a continuación las normas generales:

- Prohibición de ventas al minorista (artículo 8). No tendrán facultad para desempeñar una actividad comercial al por menor aquellas personas que lo tengan específicamente prohibido, como son los empresarios individuales o sociales que por una regulación específica del ejercicio que desempeñan estén obligados a dedicarse en exclusividad a la actividad que realizan.
- Obligación de vender (art. 9). La oferta pública de venta o exposición de productos en locales comerciales conforma a su propietario un deber a favor de los demandantes para llevar a cabo su venta de tal manera que satisfaga los requisitos para su compra, atendiendo al orden de la presentación de las solicitudes. Se encuentran fuera de dicho deber los artículos en los que exprese específicamente que no están dentro de los productos que están en venta, o que formen parte de la decoración del establecimiento.
- Derecho de desistimiento, artículo 10. El desempeño del mismo se realiza según lo que establece el artículo 71 de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*<sup>11</sup>.
- Forma de los contratos (art. 11). No se encuentran sujetos a ningún tipo de formalidad a excepción de los supuestos expresamente recogidos. En el supuesto de que el perfeccionamiento del contrato no sea simultáneo al momento de la entrega del artículo o en caso de que el usuario tenga conferida la facultad de desistimiento del contrato, el vendedor tendrá que elaborar una factura o documento similar que recoja los derechos y garantías especiales del comprador y la parte del importe que ya se haya abonado.

---

<sup>11</sup> 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 (BOE 30 de noviembre de 2007)

- Garantía y servicio postventa (artículo 12). Según enuncia el artículo 12 de dicha ley “*El comerciante responderá de la falta de conformidad de los mismos con el contrato de compraventa en los términos definidos por la legislación vigente*”.

### **3.3.2. ¿Qué normativa regula los precios?**

La libertad de precios se encuentra enunciada en el artículo 13 de la *Ley 7/96*. El importe de venta de los objetos será establecido de forma libre y ofrecidos de modo general según lo establecido en la *Ley de Defensa de la Libre y Leal Competencia*, con las salvedades reguladas por leyes específicas. Se puede dar el caso de que el Gobierno del Estado pueda establecer el importe o los márgenes de comercialización de artículos concretos. Del mismo modo, podrá llevar a cabo modificaciones de control con la ausencia de autorización administrativa en alguno de los siguientes supuestos: a) sean artículos de primera necesidad o de materias primas estratégicas; b) sean productos que se comercialicen en un monopolio o a través de una concesión administrativa; c) como medida accesoria de las políticas de regulación de producciones o de subvenciones u otras ayudas a comercios o sectores específicos; d) y de forma excepcional en tanto se mantenga algún tipo de circunstancia que recomiende la intervención cuando, en un sector concreto, se perciba falta de competencia efectiva.

La venta con pérdida se encuentra regulada en el precepto<sup>14</sup> de esta norma. En el mismo quedará prohibido efectuar ventas al público con pérdida cuando las mismas sean consideradas como desleales.

El artículo 15 de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* regula las ventas con precios rebajados para comunidades especiales. Los locales comerciales concebidos para proveer artículos a sectores concretos y que perciban para dicho fin alguna forma de ayuda o subvención tendrán prohibido ofrecer estos artículos al público en general y a individuos distintos de los beneficiarios.

### **3.3.3. ¿Cómo adquieren los comerciantes sus productos?**

El régimen jurídico de la compra del conjunto de bienes realizada por los comerciantes se someterá a lo establecido en la normativa civil y mercantil con las

especialidades en materia de pago a los proveedores, según lo enunciado en el artículo 16 de la *Ley 7/96*.

En lo que a los pagos de los proveedores se refiere, en el artículo 17 se señala que, en ausencia de un período concreto, se deduce que los vendedores deben abonar el importe de los productos que adquieran antes del mes siguiente a la fecha de entrega. Los empresarios a los que se les realicen las entregas correspondientes tendrán la obligación de certificar, en dicho momento, la operación de entrega y recepción con referencia expresa a la fecha. Así pues, los proveedores tendrán que indicar en la factura el día concreto en el que debe llevarse a cabo el abono del importe. Cuando todo o parte del género se encontrasen afectados por una cláusula de reserva de dominio, la factura deberá expresar esta situación, la cual tendrá que ajustarse al acuerdo entre proveedor y comerciante previamente documentado. Las facturas tienen que hacerse llegar a los compradores en un plazo que no puede ser superior al mes desde el momento de la entrega y recepción del género.

Para el otorgamiento de un aplazamiento del pago por encima de los cuatro meses, el comerciante podrá pedir que el pago quede asegurado a través de un aval bancario o de un seguro de crédito. De cualquier forma, se ejecutará el pago de los intereses moratorios de forma automática desde el día siguiente al día fijado para el abono del importe, o en ausencia de acuerdo, a los treinta días siguientes desde el momento de su entrega. En dichos casos, el tipo que se aplicará para establecer el montante de los intereses será el recogido en el artículo 7 de la *Ley 3/2004, de 29 de diciembre*<sup>12</sup>, en la que se instauran acciones para luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales, a menos que estos sujetos hubiesen acordado en el propio contrato un tipo distinto, que en ninguna circunstancia se encontrará por de bajo del especificado para el interés legal aumentado en un cincuenta por ciento. Para el caso de los productos de consumo, se entenderá como fecha de recepción la que ciertamente se haya llevado a cabo, pese a que, en un principio, el título de la entrega fuese diferente del de compraventa, y siempre y cuando los productos hayan sido realmente adquiridos por el comprador.

---

<sup>12</sup> Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (BOE 30 de diciembre de 2004).

### **3.4. Comparación del artículo 17 de la Ley 3/91 y del artículo 14 de la Ley 7/96: diferencias y semejanzas.**

Para comenzar dicha comparación hay que indicar que en ambas leyes se regula la venta bajo precio, pero existe un distinto enfoque en cada una de ellas. Por ello, en esta sección nos vamos a centrar en analizar tanto las semejanzas como las diferencias que presenta la regulación.

Debemos indicar que el artículo 17 de la *Ley de Competencia Desleal* parte de la base de que la venta a pérdida tiene que ser admitida y solo en algunas ocasiones se tiene que considerar ilegítima dicha conducta. El caso contrario estaría recogido en la *Ley de Ordenación de Comercio Minorista*, la cual prohíbe la mayoría de las ventas a pérdida, siempre con una serie de excepciones.

Las circunstancias que califican como ilegal concurrencial la venta a pérdida, aunque posteriormente serán explicadas con mayor esmero, son:

- el engaño, en concreto cuando éste sea capaz de incitar a error a los usuarios con relación al nivel de precios de diversos productos o servicios de ese establecimiento comercial.
- La denigración, mas concretamente cuando su fin sea degradar la imagen de un artículo o un comercio externo, y
- la práctica predatoria, es decir, cuando se trace una maniobra encauzada a eliminar a un adversario o conjunto de adversarios del mercado.

Desde otro punto de vista, la *Ley del Comercio Minorista* únicamente excluye la prohibición de la venta a pérdida cuando sucedan algunos de estos hechos:

- cuando su fin sea llegar a los precios de uno o varios competidores con algún tipo de facultad para menoscabar, notablemente, sus ventas.
- Cuando se refiera a artículos perecederos en fechas cercanas a su caducidad.
- Ventas de saldos, suponiendo como tales, atendiendo al artículo 28 de la *Ley de Ordenación de Comercio Minorista*, aquellos en los cuales el precio de mercado se vea evidentemente reducido como consecuencia de un deterioro, daño, desuso u obsolescencia de estos, sin que un artículo tenga esta consideración por la simple causa de que sea un exceso de producción o de temporada y siempre que los productos formaran parte del stock en los ciento ochenta días anteriores al inicio de este tipo de actividad comercial, con la

única excepción de los establecimientos que se dedican específicamente a este tipo de venta.

- Ventas en liquidación, las cuales no excedan los tres meses, con la excepción de las situaciones de suspensión total del ejercicio, en cuyo caso el tiempo de desarrollo de dicha venta nunca será por encima del año, entendiendo como tales las recogidas en el artículo 30 de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*. Sería el caso de las ventas excepcionales y con una finalidad de liquidación de las mercancías existentes, que hayan sido anunciadas bajo esta denominación y se lleven a cabo por orden judicial o administrativa. Otro caso podría ser el que es desarrollado por un comerciante en algunas situaciones como pueden ser el cese parcial de su actividad de negocio, el cambio en la orientación del mismo, realización de obras en el local donde se desempeña la actividad o incluso todos los supuestos de fuerza mayor que causen un gran impedimento para poder desempeñar de manera normal la actividad de la empresa.

Una vez que ya se han expuesto las situaciones que se dan en cada norma, se debe indicar que por regla general la venta con pérdida únicamente se aplica en el ámbito propio de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, es decir, a la distribución comercial o, como se fija en el precepto primero, párrafo segundo, de dicha Ley, al comercio minorista, comprendiendo por tal “*aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento.*” Por lo tanto, se queda fuera de la prohibición el desarrollo de toda actividad que no suponga una venta de servicios también a consumidores finales y el conjunto de actividades que no se puedan entender por venta de mercancías a clientes finales. Un ejemplo de actividad que se puede considerar es la venta de un fabricante a un mayorista o a un minorista.

De lo enunciado anteriormente se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- La venta a pérdida no conforma como tal un ilícito concurrencial del artículo 17 de la *Ley de Competencia Desleal*.
- La venta a pérdida únicamente se incluirá en el tipo reflejado en el artículo 17 de la Ley enunciada en el punto anterior cuando suceda alguna de las situaciones determinantes de la deslealtad recogida en ese precepto.

- La venta a pérdida del artículo 14 de la *Ley de la Ordenación de Comercio Minorista* supone un ilícito concurrencial al violar las reglas del artículo 15.2 de la *Ley de Competencia Desleal*, el cual regula como tal la simple violación de la normativa jurídica que tenga como fin la reglamentación de la actividad concurrencial.
- La venta con pérdida, admitida por la *Ley de Ordenación de Comercio Minorista* por reunir algunas de las excepciones recogidas en la Ley, puede llegar a constituir un ilícito concurrencial del artículo 17 de la *Ley de Competencia Desleal* si sucediesen algunas de las circunstancias recogidas en dicha Ley calificadas como determinantes de la deslealtad de la conducta.

#### 4. DESPUÉS DE 2018

##### 4.1. Justificación de la reforma: Sentencia del TJUE.

El supuesto se encuentra motivado en la venta a pérdida que fue aceptado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo fijado en la *Sentencia de 19 de octubre de 2017*<sup>13</sup> con una clara intención de acercar a la normativa común europea los reglamentos de los Estados pertenecientes a la Comunidad Europea referentes a las prácticas comerciales desleales. En la sentencia mencionada se declaraba que la venta a pérdida no puede aceptarse como competencia desleal. Por lo tanto, queda abierta la puerta a la posibilidad de disminuir los precios todo lo que se desee o se considere necesario. Y todo ello para custodiar los intereses de los usuarios y de los competidores legítimos.

Esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea encuentra su motivación en un asunto prejudicial propuesto por el Juzgado Contencioso-Administrativo número 4 de Murcia que resolvía un recurso presentado por la sociedad “*Europamur Alimentación, S.A*”, la cual apeló una sanción impuesta en el año 2015 por la Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Región de Murcia, por haber aquella liquidado con pérdidas una serie de productos, que la empresa vende a comerciantes minoristas. Dicha forma de venta es utilizada en gran medida para captar

---

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, C- 295/16.

clientes, fórmula que, hasta esa fecha, era completamente aceptada por el derecho español, aunque la recogía en el ámbito de una mala praxis. Como se ha expuesto en secciones anteriores, en el artículo 14 de *la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* únicamente está aceptada la venta a pérdida cuando el fin del comerciante sea liquidar existencias, librarse de artículos con una fecha de caducidad próxima o para lograr el precio estipulado por otros competidores.

El Tribunal que tiene fijada su sede en Luxemburgo coincide en dicho punto con el criterio del Juzgado que envió la cuestión prejudicial. Fija que la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (a pesar de tener como objetivo la defensa de los consumidores) debe ser empleada en los supuestos de las relaciones comerciales que se lleven a cabo entre mayoristas y minoristas por la simple razón de que esas operaciones comerciales tienen evidentes consecuencias con relevancia económica para los usuarios.

Ahora el Tribunal Europeo ha hecho primar la independencia de los comercios para establecer sus estrategias. En dicha situación referente a los importes de los productos se apoya claramente en que el citado Tribunal “*se opone a la ley española en la medida en que ésta prohíbe con carácter general la venta con pérdidas*”. Se comprende que ha existido un incumplimiento de la Directiva 2005/29/CE<sup>14</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 11 de mayo de 2005 que versa sobre las prácticas comerciales desleales en el caso de que no se fije en cada situación concreta si dicha operación comercial tenía o no naturaleza desleal.

Esta norma interpretativa de la justicia europea obligatoriamente tiene que prevalecer sobre las normativas nacionales que, por lo común, y por causas fundadas en las economías domesticas, venían fijando esas restricciones generales a las ventas con pérdidas.

---

<sup>14</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 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) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

## 4.2. Contenido de la reforma.

Con la presente sentencia, el Gobierno español se encuentra obligado a cambiar la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, la cual hasta dicho instante prohibía que se comercializasen los productos por un importe inferior al que habían sido adquiridos.

Es comprensible la alarma que ha despertado la mencionada sentencia en el entorno empresarial de nuestro país, especialmente en el sector de la agricultura, el cual no solo abarca a las organizaciones agrarias, sino que, de igual forma, incluye a la industria de la alimentación, dado que las políticas de precios fluctúan en márgenes muy pequeños. A esta alarma se le debe añadir la situación de incertidumbre que se ha despertado en relación al régimen sancionador que se refleja en la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, que ha sido proclamada contraria a la Directiva Europea. Por lo tanto, no puede continuar utilizándose. Además, se desconoce qué va a suceder con las multas que hayan sido impuestas previamente según dicha normativa.

La nueva situación ha exigido al Gobierno español la elaboración de un conjunto de medidas que tratan de adaptarse a la normativa europea. Entre otras sobresale la *Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público*<sup>15</sup> que intenta fijar un régimen de responsabilidad patrimonial por aplicación de una norma que va en contra del Derecho europeo.

Sin embargo, el nuevo ordenamiento que se ha elaborado con motivo de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo ha sido declarado “tenue” por expertos económicos dado que ha venido a restringir la venta a pérdidas en situaciones de “deslealtad o de engaño”. Esto es, desde el cambio de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, se relaciona la venta a pérdida con la existencia de prácticas desleales, bien porque lleve a error al usuario sobre el nivel de los precios de otras mercancías o servicios del propio local comercial, bien porque pretenda desprestigiar la reputación de un artículo o comercio, bien cuando sea parte de una táctica dirigida a excluir a un competidor del mercado, tal y como se recoge en el artículo 17 de la *Ley 3/1991 de Competencia Desleal*.

Con todo esto queda abierta la puerta al criterio interpretativo pero, de igual modo, a la inseguridad jurídica, debido a que se permite un margen demasiado amplio a la función interpretativa de los órganos de la administración y de los tribunales de justicia españoles.

---

<sup>15</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 2 de octubre de 2015).

### 4.3. Efectos.

La primera consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia es que el Estado Español tiene que proceder a reformar el ordenamiento de la venta a pérdida recogida en la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*. Y deberá realizarla para suprimir la prohibición general de la venta a pérdida e incorporar, si se quiere proseguir reglando la venta a pérdida en esta ley, un reglamento que únicamente pueda prohibir la venta a pérdida tras un análisis detallado de cada situación concreta en la que se estudie si hay una praxis comercial desleal. Las razones que justificaría esta praxis comercial desleal serían que fuese en contra de las estipulaciones del mandato profesional porque desfigura o puede desfigurar de forma importante, con relación al artículo al que se refiera, la conducta económica del comprador medio al que se menoscabe o al que se encamine la práctica; o el comportamiento del componente medio de la agrupación si se refiere a una praxis comercial destinada a un conjunto determinado de usuarios.

Por lo demás, se tendrá que seguir entendiendo en la nueva normativa que el sujeto que alegue que la venta bajo coste se considera una práctica comercial desleal será el que lo tenga que demostrar, sin que sea posible el volteo de la prueba y obligar al comerciante que realiza la venta a demostrar la licitud del hecho, al tratarse esta manera de actuar una disposición prohibida que está recogida por la directiva ya referida, como ha indicado el Tribunal de Justicia.

Esta modificación en la reglamentación de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* suprimirá los obstáculos y discrepancias interpretativas que se perciben hoy en día en el momento de establecer la concurrencia de las particularidades prohibitivas en la venta a pérdida. Como puede ser el caso del vendedor que tiene por objetivo lograr los precios de aquellos competidores que disponen de capacidad para perjudicar sus ventas.

Ahora nos tenemos que preguntar si la modificación de la reglamentación conlleva que sea inevitable la afectación a las ventas al por mayor. Esto se debe a que, en el presente, la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* se aplica de igual forma a las ventas al por mayor como al por menor. Además, la situación que provocó la formulación del interrogante prejudicial ante el Tribunal de Justicia trató sobre la multa a una empresa por ventas con pérdidas a mayoristas. Ello desencadenó que, nuestro Gobierno y la Comisión Europea apelasen a que el Tribunal de Justicia no disponía de competencia para dar resolución a dicha pregunta. No obstante, el Tribunal entendió que disponía de dicha competencia desde el momento en que los mandatos de la directiva respecto a las praxis

comerciales desleales han sido proclamadas ejecutables por las Leyes nacionales a casos en que, como el que trata el pleito principal, no están recogidos en el área de aplicación de la directiva.

En base a lo expuesto anteriormente, si el Estado Español establece que las ventas a pérdidas dispongan de una única regulación, sin distinción de que sean al por mayor o al por menor, tendrá que adaptar su normativa a lo enunciado por la directiva en relación a las prácticas comerciales desleales.

Este hecho, según el profesor García Vidal<sup>16</sup>, no imposibilita que desde este momento se establezca un reglamento distinto para las ventas al por menor en la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* y otro para las ventas al por mayor. Si se realizase de esta manera, la normativa de las ventas al por menor tiene que ceñirse a los fundamentos del Tribunal de Justicia. No obstante, el reglamento de las ventas mayoristas tiene la facultad de ser distinto, al no encontrarse recogido en la directiva de prácticas comerciales desleales, como menciona el Tribunal de Justicia en la sección treinta de su sentencia, cuando enuncia 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*”.

Otro asunto es que tenga sentido alguno continuar prohibiendo la venta al por mayor a pérdida cuando la venta al por menor debe estar, como norma habitual, aceptada.

El dictamen del Tribunal de Justicia se reduce a examinar la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, sin que incluya ningún tipo de reflexión sobre la reglamentación española de la venta a pérdida recogida en la *Ley de Competencia Desleal*. A pesar de esto, se debe de estudiar si los preceptos del Tribunal de Justicia influyen de algún modo en la norma recogida en el artículo 17 de la *Ley de Competencia Desleal*.

Antes de nada se tiene que subrayar que, en la presente redacción de la *Ley de Competencia Desleal*, el artículo 17 no se dedica a regular la venta a pérdida como una praxis comercial con compradores y clientes. Sólo es suficiente considerar que el propio

---

<sup>16</sup> García, A., “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?” (Disponible en: <https://www.gap.com/publicaciones/la-venta-a-perdida-tras-la-declaracion-del-tribunal-de-justicia-de-que-la-legislacion-espanola-no-respete-el-derecho-de-la-union-europea-y-ahora-que/>, última consulta 25 abril 2019)

artículo se encuentra en el capítulo dos, consagrado a los “*actos de competencia desleal*”. En cambio, el ejercicio comercial con compradores y clientes se fija en el capítulo tres. Y según lo que establece el artículo 19.1 de la *Ley de Competencia Desleal* “...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 esta razón se comprende que el citado artículo 17 no se encuentra incluido en la directiva sobre prácticas comerciales desleales y, por ende, el jurisconsulto no está sometido a los preceptos fijados por el Tribunal de Justicia al analizar la directiva. De igual manera, el artículo 17 acataría dichas pautas al no fijar una restricción general de la venta a pérdida. Tan solo lo realiza en tres situaciones concretas en las que se dan factores de deslealtad (fraude, calumnia o comportamientos predatorios), factores que a su vez se corresponden en cierta medida con lo enunciado en la Directiva que versa sobre las prácticas desleales.

Según lo expuesto anteriormente es posible cuestionarse de igual forma la posibilidad de abolir la normativa de la venta a pérdida recogida en la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, estableciendo exclusivamente la vigencia de la normativa recogida en la *Ley de Competencia Desleal*.

Conforme a la opinión del Profesor García Vidal, sería una resolución probable debido a que las situaciones de venta a pérdida que no dispongan de una apreciación de ejercicio comercial con compradores y clientes quedarán supeditadas a lo enunciado en el precepto 17 de *Ley de Competencia Desleal*. Y en las situaciones en que este ejercicio sí se establezca como praxis comercial con compradores y clientes, se tendrá que usar la disposición general recogida en el artículo 4 de la *Ley de Competencia Desleal*, ya que en base a esta se acredita como desleal toda actitud que vaya en contra de los mandatos de buena fe, comprendiéndolo opuesto a las imposiciones de buena fe en las relaciones con compradores y clientes. Todo ello se enuncia en el párrafo segundo de dicho artículo estableciendo que “(...) 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 consiguiente, de esta manera se acatarían los preceptos

fijados por el Tribunal de Justicia, dado que no se impide la venta a pérdida de índole general, aunque los órganos capacitados son los que tienen que llevar a cabo la evaluación de la deslealtad de los actos.

El fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no imposibilita que se fije un ordenamiento sancionador administrativo de las acciones comerciales desleales de los compradores y clientes. Se constata que la resolución alude continuamente a la estimación de la naturaleza desleal de la venta a pérdida por parte de la autoridad jurisdiccional, pero no hay ningún impedimento para que las acciones desleales sean impedidas de igual modo por las autoridades administrativas. En efecto, el artículo 11 de la directiva admite de manera expresa que los Estados miembros fijen actuaciones judiciales y administrativas, por lo que de alguna manera se ha extinguido toda posibilidad de continuar estableciendo la venta a pérdida como un incumplimiento administrativo.

Lo único que ocurre es que las multas administrativas por ventas a pérdidas no se podrán establecer de manera automática por parte de la jurisdicción administrativa, porque ésta, al igual que los juzgados, tendrá que examinar con anterioridad, en cada situación, si concurren los factores con los que se pueda probar que hay un hecho comercial desleal. Dichos límites tendrán que ser confirmados previamente a la imposición de la multa, sin que se permita, como venía ocurriendo hasta este momento, de la inversión de la carga de la prueba.

Como consecuencia de que el legislador español ha realizado una transposición equivocada de la directiva de prácticas desleales, según establece el Tribunal de Justicia, cabrá la posibilidad de que se analicen las multas que se hayan aplicado apoyadas en un artículo (artículo 14 de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*) que no se encuentra adaptado a la directiva. Por lo tanto, podrá darse un gran número de recursos como consecuencia de este hecho.

## **5. CONCLUSIONES.**

Una vez que se ha explicado a lo largo del Trabajo tanto el contenido de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* como de la *Ley de Competencia Desleal*, como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea donde se condena a España a modificar los artículos recogidos en ella que traten sobre la venta a pérdida o venta bajo coste, pasamos a extraer las siguientes conclusiones:

- En las leyes españolas se recogía un régimen sancionador que era de aplicación en la venta a pérdida.
- Tras el pronunciamiento llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha fijado de manera definitiva que la venta a pérdida únicamente se podrá prohibir cuando se reputa desleal.
- En consecuencia, el Estado Español se ha visto obligado a realizar una serie de cambios en la normativa de la venta a pérdida en la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, suprimiendo la prohibición general de la venta a pérdida y añadiendo una nueva regulación en la que sólo se permita prohibir la venta a pérdida con posterioridad a la realización de un examen exhaustivo de cada situación, comprobando que hay una práctica comercial desleal y teniendo que justificar dicha situación quien la alegue, sin que exista la posibilidad, como sucedía hasta dicho momento, la modificación de la carga de la prueba.
- Tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea queda muy claro que ya no se puede utilizar el Régimen Sancionador de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* por ir en contra de la Directiva europea. A partir de este instante, las multas administrativas por este hecho no podrán imponerse de forma automática y los entes administrativos, al igual que los jurisdiccionales, tendrán que evaluar previamente si en cada situación que se les presente existen los factores necesarios para aceptar que hay una práctica desleal.
- Por otro lado, se tendrá que prestar especial atención a los pronunciamientos judiciales en relación a las sanciones impuestas con anterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- En el instante en que se impone el cambio en la reglamentación, se confrontarán obligatoriamente los diferentes lobbies. Se habrán de tener en cuenta por un lado los que se encuentran a favor de la libertad de precios como muestra de la libertad de empresa. Estos comprenden que se tiene que aprovechar la obligatoria modificación de la venta a pérdida al por menor para admitir la venta a pérdida al por mayor. Por otro lado, hay un gran número de grupos de presión, entre los que cabe resaltar a los fabricantes de productos agroalimentarios, que advierten que al aceptarse la venta a pérdida se aumentará la presión de las distribuidoras para que los fabricantes disminuyan su precio.

## 6. BIBLIOGRAFÍA.

### 6.1. Legislación

- Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978). Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229).
- Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en la Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Disponible en: [https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/paris/trt\\_paris\\_001es.pdf](https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/paris/trt_paris_001es.pdf).
- Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 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) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>.
- Ley 3/1991, de 20 de enero, de Competencia Desleal (BOE 20 de enero de 1991). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628&b=9&tn=1&p=20140328#a5>.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE 17 de enero de 1996). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1072>.
- Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (BOE 30 de diciembre de 2004). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21830>.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 4 de julio de 2007 pps. 28848-28872). Disponible en:
- Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE 31 de diciembre de 2009, pps. 112039-

112060). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-21162>.

- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 2 de octubre de 2015). Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12946>.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE 16 de octubre de 1885). Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>.
- 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 (BOE 30 de noviembre de 2007). Disponible: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889). Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.

## 6.2. Sentencias.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, C- 295/16. Disponible en: <https://eu.vlex.com/vid/695104449>.
- Sentencia del Tribunal Supremo- Sala Primera, de lo civil de 22 de noviembre, 720/2010. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/-231505950>.

## 6.3. Obras doctrinales.

- Campuzano, A.B., (2015). *La competencia Desleal. En El Derecho de la Competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- “Comercio minorista”. Fecha de consulta: 3 de mayo de 2019. Disponible en:  
[https://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA AAAAEADVOyU7EMAz9mxzRIE1zyaUtByRAaIgQVzex2ogQl9gtk7\\_Hp YMly36Ll-8FS3V4FguBZh8pG66Zcv2yrixoBAa2BwNeFkg9eds093cbjCs6GFSiErC0](https://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA AAAAEADVOyU7EMAz9mxzRIE1zyaUtByRAaIgQVzex2ogQl9gtk7_Hp YMly36Ll-8FS3V4FguBZh8pG66Zcv2yrixoBAa2BwNeFkg9eds093cbjCs6GFSiErC0)

VTshgXRCVs\_tteGJfl5gjSOlbm2h7AtjCPbh47BF0xyPN2bFwmqw73HEL  
GimOE5PmrL7gTlyR1kKpUcdHYg-Xd\_982l7bmtndndE-  
o8AOT5BHVI0Rip9eQUEX15iugOfzhW0XET08SH77w8YnrT0IdpAwh8v  
Lv2gCDg4jAQA AWKE (Sin autor).

- Díez, F., “*Tema 12. La Competencia Desleal y la publicidad*”. Fecha de consulta: 20 de marzo de 2019. Disponible en: [http://www.fernandodiezestella.com/derecho\\_mercantil\\_1/tema\\_12.pdf](http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tema_12.pdf).
- García, A., (2017) “*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?*”. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-venta-a-perdida-tras-la-declaracion-del-tribunal-de-justicia-de-que-la-legislacion-espanola-no-respeta-el-derecho-de-la-union-europea-y-ahora-que/>
- García, J.A., (2014). *Venta a Pérdida y Venta Piramidal. En Tratado de derecho de la Competencia y la Publicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.