

La modificación de la ley de ordenación del comercio minorista: nueva regulación de la venta con pérdida

Ricardo Alonso Soto

Catedrático de Derecho Mercantil

Consejero Académico de Gómez Acebo & Pombo

Análisis de las modificaciones introducidas por el RD-ley 20/2018 en la Ley de ordenación del comercio minorista en relación con la venta con pérdida y los Registros de franquiciadores y de empresas de ventas a distancia.

1. Modificación de la Ley de ordenación del comercio minorista.

El Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España, ha modificado la normativa de la venta con pérdida y suprimido el Registro de franquiciadores y el Registro de empresas de venta a distancia, que regulaba la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista.

2. La justificación de la modificación de la venta con pérdida.

2.1. Con respecto a la venta con pérdida, la razón oficial que ha motivado el cambio se encuentra en la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre del 2017, que declaró la incompatibilidad de la regulación contenida en el artículo 14 de la Ley de ordenación del comercio minorista con la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas desleales de las empresas con los consumidores en el mercado interior. Los argumentos utilizados por la citada sentencia para fundamentar la incompatibilidad son, en síntesis, los siguientes: a) No es admisible una prohibición general de ofertar o de llevar

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.

a cabo ventas con pérdida en el contexto de un sistema de libre iniciativa económica; b) No pueden regularse excepciones a la prohibición que estén basadas en criterios que no se encuentren en la Directiva; c) Los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las previstas en el derecho de la Unión Europea ni siquiera para garantizar una mayor protección de los consumidores; y d) La deslealtad de la venta con pérdida debe determinarse caso por caso, atendiendo a los criterios de la Directiva.

2.2. Pero existen otras razones que motivaron en su momento la regulación de la venta con pérdida como un ilícito administrativo, al considerarla como una transgresión de las normas de disciplina de mercado en materia de comercio minorista, y que actualmente se mantienen. Se trataba de establecer unas normas que marcaran las reglas de juego en el campo de la distribución comercial a las que debían atenerse todos los empresarios, especialmente las grandes superficies comerciales, y, en consecuencia, permitir a la Administración poder sancionar la venta con pérdida como una mala práctica en materia de precios, que se considera una infracción grave (art. 65.1. c) LOCM), y se sanciona con una multa de 6.000 a 30.000 euros y el cierre temporal de la empresa si la facturación o el precio de los artículos ofertados supera los 600.000 euros o existe reincidencia (art. 68 LOCM). Tampoco hay que olvidar a estos efectos, la presión ejercida por el comercio minorista tradicional y el pequeño comercio para consolidar legislativamente esta línea de actuación que les ofrece un remedio para defenderse de las grandes empresas de distribución y los modernos sistemas de comercialización de productos, frente a las prescripciones de la Ley de competencia desleal que eran tildadas de poco efectivas e inoperantes.

2.3. Hay que tener presente, sin embargo, que, en nuestro ordenamiento jurídico, existe una regulación de la venta con pérdida, como ilícito civil, en la Ley 3/1991, de competencia desleal, por lo que, desde este punto de vista, la modificación del número 1 del artículo 14 de la Ley de ordenación del comercio minorista puede considerarse redundante e innecesaria. En efecto, si comparamos el nuevo artículo 14 de la Ley de ordenación del comercio minorista con el artículo 17 de la Ley de competencia desleal, resulta que las letras a), b) y c) del nuevo número 1 del artículo 14, son una reproducción literal del artículo 17.2 de la Ley de competencia desleal, con la única diferencia de que se ha añadido a aquél una nueva letra d), que engloba una síntesis de los siguientes artículos de la Ley de competencia desleal: la cláusula general del artículo 4, los actos de engaño del artículo 5 y las prácticas señuelo y promocionales engañosas del artículo 22. Para lograr la finalidad perseguida por la modificación y cumplir con el principio general de buena regulación, hubiera bastado, por tanto, sustituir la norma por otra del siguiente tenor: *La venta con pérdida, los actos de engaño y las prácticas engañosas y agresivas, así como las conductas contrarias a la cláusula general, reguladas en la Ley de competencia desleal, tendrán la consideración de infracciones en materia de disciplina de mercado a los efectos de la aplicación de la Ley de ordenación del comercio minorista.*

3. La nueva regulación de la venta con pérdida.

- 3.1. El Real Decreto-ley 20/2018, partiendo del principio de que los precios de venta de los productos han de ser libremente determinados y ofertados con carácter general por el empresario, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes de defensa de la competencia, competencia desleal y en otras leyes especiales (artículo 13 de la Ley de ordenación del comercio minorista), da la siguiente redacción al artículo 14:

Artículo 14.- Venta con pérdida

- 1.- *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, no se podrán realizar ventas al público con pérdida si éstas se reputan desleales. Las ventas con pérdida se reputarán desleales en los siguientes casos:*
 - a) *Cuando sea susceptible de inducir a error al consumidor acerca del nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento.*
 - b) *Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o establecimiento ajeno.*
 - c) *Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores en el mercado.*
 - d) *Cuando forme parte de una práctica comercial que contenga información falsa sobre el precio o su o su modo de fijación, o sobre la existencia de una ventaja específica con respecto al mismo, que induzca o pueda inducir a error al consumidor medio y le haya hecho tomar la decisión de realizar una compra que, de otro modo, no hubiera realizado.*
- 2.- *A los efectos señalados en el apartado anterior, se considerará que existe venta con pérdida cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición, si éste fuese inferior a aquél, o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados en las cuotas de los impuestos indirectos que gravan la operación.*

Las facturas se entenderán aceptadas en todos sus términos y reconocidas por sus destinatarios, cuando no hayan sido objeto de reparo en el plazo de los 25 días siguientes a su remisión. En el caso de que no sean conformes se dispone sobre la anterior un plazo adicional de 10 días para su subsanación y nueva remisión de la correspondiente factura rectificada.

Según el preámbulo de la norma, no se trata, en este caso, de una prohibición general de la venta con pérdida, sino de la imposición a la misma de unos límites acordes con la Directiva 2005/29/CE, que comportará en lo sucesivo, de un lado, que será la Administración competente la que tendrá que probar, en cada caso, la transgresión de dichos límites y, de otro, proceder, en consecuencia, a la calificación de desleal para poder imponer una sanción.

El precepto se completa con un segundo número que define la venta con pérdida y regula la aceptación y reconocimiento de las facturas y su rectificación en unos plazos breves. Por lo que respecta a la definición de la venta con pérdida, hay que señalar que se trata de un concepto, que podríamos denominar matemático, al que se llega partiendo de un precio base: el precio de adquisición según factura o el coste de producción si la mercancía ha sido fabricada por el comerciante (Excepcionalmente se tomará como precio base el precio de reposición si éste es inferior al de adquisición o al coste de producción). A este precio base se le restan los descuentos realizados por el vendedor con respecto a la mercancía en cuestión, pero únicamente si figuran en la factura y, finalmente, se le suman los impuestos indirectos que graven la compraventa. Pues bien, si el precio resultante de estas operaciones matemáticas es superior al precio de venta aplicado al producto, existirá venta a pérdida. Al vincular el concepto de venta con pérdida con la factura se ha pretendido esencialmente simplificar la prueba frente a la dificultad de determinar el criterio a utilizar para establecer el coste de producción (coste marginal o coste variable medio). Ahora bien, dada la redacción de la norma hay que interpretar que la misma establece una presunción iuris tantum que podrá ser desvirtuada por el comerciante, por ejemplo, demostrando que han existido descuentos o bonificaciones diferidos en el tiempo, como las primas de fidelidad o por volumen de compra.

En definitiva, para que una venta con pérdida pueda calificarse de desleal será preciso que concurren dos requisitos: de un lado, la existencia de una venta a precio inferior al de coste de producción o de adquisición; y, de otro, la presencia de una intencionalidad o bien la producción de un resultado anticompetitivos. El primero de los requisitos integrantes del tipo se establece con carácter general para todos los supuestos y opera como un presupuesto objetivo. El segundo de ellos, en cambio, es doble y se exige con carácter alternativo según los casos. Así en los supuestos de inducción al error en materia de precios o de descrédito del producto o del establecimiento del competidor no se contempla la intencionalidad o el propósito directo de causar dichos efectos, sino el resultado lesivo para la competencia; mientras que en el supuesto de una política comercial de precios predatorios prevalece el elemento subjetivo o la intención de eliminar a los competidores del mercado.

- 3.2. Por otra parte, en la nueva redacción del artículo 14 se han suprimido varios apartados de la norma primitiva: (i) El que preveía que, a los efectos de determinar la existencia de una venta con pérdida, no se tendrían en cuenta las modificaciones contenidas en facturas rectificadas emitidas en fecha posterior a los indicados plazos de rectificación, cuya finalidad principal era tratar de excluir del cómputo del precio de adquisición las bonificaciones, primas de fidelidad y rappels que se pagan a medio plazo; (ii) El que establecía que, en ningún caso, las ofertas conjuntas o los obsequios a los compradores podrían utilizarse para evitar la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo (nº 4 del antiguo art. 14); y (iii) El que excluía del cómputo los descuentos por compensación de servicios efectivamente prestados (nº 3 del antiguo art. 14), lo que induce a pensar que se ha puesto fin a estas limitaciones.

También ha desaparecido la norma que declaraba lícitas las ventas con pérdida llevadas a cabo con el objetivo de alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar significativamente a sus ventas o cuando se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización (nº 1 in fine del antiguo art. 14), lo cual no debe interpretarse, a nuestro juicio, como que las ventas realizadas con esta finalidad han dejado de ser lícitas, sino que han de someterse, en todo caso, al juicio de deslealtad de la norma general sobre las ventas con pérdida.

- 3.3. Finalmente, es necesario señalar que el ámbito de aplicación de la Ley de ordenación del comercio minorista, por lo que se refiere a la venta con pérdida, se circunscribe exclusivamente, al comercio minorista, entendido como la actividad profesional de ofrecer la venta de bienes a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento (artículo 1) y a las entidades que se dediquen al comercio mayorista o realicen adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas por cuenta o encargo de otros comerciantes (D. A. Sexta), por lo que quedarán al margen de la prohibición de las ventas con pérdida de los fabricantes (salvo que sean comerciantes revendedores de su propia producción) y el resto de los intermediarios.

4. La supresión de los Registros de franquiciadores y de empresas de ventas a distancia.

- 4.1. La supresión del Registro de franquiciadores (Regulado por el art. 62 LOCM y el Real Decreto 2001/2010) viene motivada, de un lado, por ser innecesario y reiterativo, ya que la única información relevante contenida en el mismo era la de constatar que el franquiciador ostentaba la titularidad o el derecho de uso de la marca, cuestión que ya estaba cubierta por la Oficina Española de Patentes y Marcas, y, de otro, por las graves carencias que ha generado su instrumentación por vía telemática a partir del año 2016.
- 4.2. En cuanto a la supresión del Registro de empresas de ventas a distancia (Regulado por el art. 38 LOCM y el Real Decreto 225/2006), que era obligatorio para las que llevaban a cabo ventas de este tipo por medio de técnicas de catálogo impreso, carta normalizada, publicidad en prensa con cupón de pedido, teléfono, radio, televisión, video texto y fax y que, excluía expresamente de esta obligación a las empresas que operaban a través de Internet, las razones que han motivado su supresión han sido la escasa relevancia de los métodos de venta a distancia sobre los que incide la obligación de registrarse, la discriminación que se produce frente a los operadores que desarrollaban otras modalidades de ventas especiales (ambulantes, en máquinas automáticas o en pública subasta) a los que no se les imponía ninguna obligación de registro, el coste de dicho trámite para las empresas y la Administración, y la ineficacia del propio sistema de registro.