



La prohibición de venta a pérdida de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, contraria al Derecho europeo

En el marco de una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) ha concluido, mediante sentencia del pasado 19 de octubre de 2017 (asunto C-295/16, *Europamur Alimentación, S.A.*), que la prohibición general de venta con pérdida (o venta a pérdida) recogida en el artículo 14 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (“LOCM”), es contraria al Derecho europeo y, en concreto, a la Directiva 2005/29, de 11 de mayo de 2005 (“Directiva”) sobre prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores.

Hechos y cuestión prejudicial planteada

La cuestión prejudicial fue remitida al TJUE en el marco de un litigio entre Europamur Alimentación, S.A., y la Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en relación con la conformidad a Derecho de una sanción administrativa impuesta a Europamur por incumplir la prohibición de venta a pérdida recogida en el referido artículo 14 de la LOCM.

El apartado 1 del artículo 14 de la LOCM establece con carácter general la prohibición de ventas al público con pérdida, fuera de los supuestos de venta de saldos y ventas en liquidación. Asimismo, y para el resto de supuestos, recoge como excepciones a la prohibición general de venta a pérdida, los casos en los que la finalidad de esta práctica sea alcanzar los precios de competidores con capacidad para afectar significativamente a sus ventas o se trate de artículos perecederos que estén en fechas próximas a su inutilización (caducidad). La Disposición adicional sexta de la LOCM, introducida en 1999, extendió la prohibición de venta a pérdida a las “entidades de cualquier naturaleza que se dediquen al comercio mayorista”. La Comunidad Autónoma de Murcia desarrolló la LOCM mediante Ley 11/2006, estableciendo multas de 3.001 a 15.000 euros para las infracciones graves, entre las que se incluía la infracción de la prohibición de venta a pérdida. Por su parte, el artículo 17 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (“LCD”), reconociendo que la fijación de precios es libre, establece que la venta a pérdida puede considerarse desleal en una serie de supuestos.

De acuerdo con los hechos de la sentencia, Europamur es un comerciante mayorista que vende productos domésticos y de alimentación a supermercados y tiendas de barrio, que sufren directamente la competencia de las grandes cadenas de supermercados. Europamur pertenece a una central de compras lo que le permite ofrecer los productos al pequeño comercio (sus clientes) unos precios competitivos con los que poder hacer frente a las grandes cadenas de distribución. La Administración regional impuso a Europamur una multa de 3.001€ por vender con pérdida algunos de los productos que comercializaba. Europamur interpuso recurso ante el Juzgado contencioso-administrativo nº4 de Murcia, que planteó como cuestiones prejudiciales:

1. ¿Debe interpretarse la Directiva sobre prácticas comerciales desleales en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como es el artículo 14 LOCM que tiene carácter más estricto que la Directiva en cuestión al prohibir de entrada la venta con pérdida —incluso a los mayoristas—, por considerar esta práctica como una infracción administrativa y sancionarla en

consecuencia teniendo en cuenta que la Ley española persigue, además de ordenar el mercado, proteger los intereses de los consumidores?

2. ¿Debe interpretarse la Directiva en el sentido de que se opone al art. 14 LOCM incluso si la disposición nacional permite que se pueda excluir de la prohibición genérica la venta con pérdida en los supuestos de que (i) el infractor pruebe que la venta con pérdida tenía como finalidad alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar significativamente a sus ventas o (ii) se trate de artículos perecederos en fechas próximas a su inutilización?

Análisis del TJUE

Objeción de inadmisibilidad

En primer lugar, el Gobierno español y la Comisión planteaban una objeción de admisibilidad de la cuestión prejudicial debido a que los hechos del litigio principal (venta a pérdida entre profesionales) quedaban fuera del ámbito de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, a cuya luz era preciso analizar el artículo 14 de la LOCM, ya que la Directiva únicamente se aplica a las prácticas desleales de las empresas respecto a los consumidores. No obstante, el TJUE entiende que en la medida en que (i) el Derecho nacional considera la Directiva aplicable no solo a un escenario de venta a pérdida entre minoristas y consumidores sino también a un escenario de venta a pérdida entre profesionales mayoristas y minoristas (apartados 29 y 30), y que (ii) el auto de remisión considera que la interpretación del TJUE es determinante para poder resolver el litigio principal (relativo precisamente al segundo escenario), las consecuencias e implicaciones de la interpretación del artículo 14 LOCM a la luz de la Directiva son las mismas tanto en un escenario como en otro (apartado 31; véanse igualmente apartados 43 a 48 de las Conclusiones del [Abogado General](#)).

En este sentido, la transposición a Derecho español de la Directiva se llevó a cabo mediante la 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. Si bien esta Ley 29/2009 no modificó el artículo 14 de la LOCM, sí introdujo otras modificaciones a la misma. Por ello, el TJUE considera que la no-modificación del artículo 14 de la LOCM por la Ley 29/2009 debe ser considerado como parte de la transposición de la Directiva (apartado 31; véase igualmente apartado 47 de las Conclusiones del Abogado General) y, en consecuencia, supone que el Derecho nacional considera que las disposiciones de la Directiva serían aplicables a todas las situaciones cubiertas por dicho artículo (venta a pérdida entre profesionales y entre profesionales y consumidores). Como corolario de lo anterior, la interpretación por el TJUE del artículo 14.1 de la LOCM a la luz de la Directiva será relevante a efectos de ambas situaciones fácticas.

En cuanto al fondo

En primer lugar, el TJUE recuerda su jurisprudencia previa (auto de 7 de marzo de 2013, asunto C 343/12, *Euronics Belgium*) en la que ya había declarado que la Directiva se opone a una disposición nacional (deben entenderse aquí incluidas disposiciones adoptadas, en su caso, por entidades regionales o locales) que establezca una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes a pérdida, sin que sea necesario determinar, teniendo en cuenta el contexto fáctico de cada caso, si la operación comercial en cuestión presenta carácter «desleal» a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la Directiva y sin reconocer a los tribunales competentes margen de apreciación al respecto, siempre y cuando la referida disposición persiga finalidades relacionadas con la protección de los consumidores.

En cuanto a la finalidad de protección de los consumidores, el TJUE constata, por una parte, que ésta se recoge en la Exposición de Motivos de la LOCM y, por otra, que el Juzgado de lo Mercantil de Murcia (y la Autoridad administrativa que impuso la multa a Europamur) consideraba que la LOCM busca dicho objetivo incluso para las relaciones entre profesionales (mayoristas y minoristas). En cuanto a la cuestión de si

artículo 14 de la LOCM establece una prohibición de carácter general de venta a pérdida o de si las excepciones en él incluidas permiten a los jueces nacionales analizar caso a caso si la venta a pérdida es o no desleal, el TJUE indica que el artículo 5 de la Directiva establece las condiciones para concluir si una práctica comercial es desleal. Asimismo, recuerda que la Directiva llevó a cabo una armonización completa de las normas sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en su relación con los consumidores y que “(...) los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la referida Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores)”.

Partiendo de lo anterior, el TJUE estima que de acuerdo con el artículo 14.1 de la LOCM la venta a pérdida constituye por sí misma una práctica comercial desleal, y que los tribunales nacionales no tienen margen para determinar, de acuerdo con el contexto fáctico, si dicha venta es desleal o no a la luz de la Directiva. Por otro lado, las excepciones previstas en el artículo 14.1 LOCM no se basan en criterios previstos en la Directiva.

Por último, el TJUE se refiere a la inversión de la carga de la prueba que contiene el artículo 14.1 de la LOCM. Al no incluirse la venta a pérdida en la lista de prácticas consideradas en todo caso desleales del anexo I de la Directiva¹, antes de imponerse una sanción por incumplir la prohibición de venta a pérdida, ha de realizarse un análisis que tenga en cuenta el contexto fáctico de cada caso, el posible carácter desleal de la venta a la luz de los criterios de la Directiva (artículos 5 a 9, que se reproducen a su vez en los artículos 4 a 8 de la LCD), y por tanto no puede establecerse una presunción que deba destruir el profesional.

En conclusión, el TJUE considera que, en la medida en que el artículo 14.1 de la LOCM establece una prohibición general de venta a pérdida y establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios no recogidos en la Directiva, es más restrictivo que lo previsto en la Directiva y, en definitiva, se opone o es contrario a ésta.

Además de las sanciones pecuniarias, teniendo en cuenta que el presunto sobreprecio que habrían pagado las Administraciones Públicas afectadas por los pañales a resultas del cártel es un daño indemnizable, y que la infracción que habría ocasionado el perjuicio ya ha sido apuntada por la CNMC, no cabe descartar que las Administraciones perjudicadas se planteen la posibilidad de ejercer acciones indemnizatorias amparo de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil (Cc) para intentar resarcirse del perjuicio que se les hubiera podido causar, y de los correspondientes intereses legales.

La acción resarcitoria está sujeta a un periodo de prescripción de un año (artículo 1968 Cc), a contar desde el día en el que se tuvo conocimiento del perjuicio y se pudo cuantificar. En el presente caso se podría empezar a computar a partir de la fecha de la Resolución de la CNMC.

¹ La Directiva establece un listado de 31 prácticas desleales prohibidas entre las que no se incluye la venta a pérdida, por lo que debe considerarse una “práctica comercial” según el artículo 2.d) de la Directiva, y, por tanto, está sujeta a las prescripciones de ésta.

Análisis de BROSETA

- En principio, no debería haber duda respecto a la obligación de las Autoridades Autonómicas correspondientes (competentes para analizar este tipo de prácticas en sus respectivos territorios y, en su caso, imponer sanciones) de respetar lo establecido por la sentencia del TJUE analizada, dado el efecto *erga omnes* (frente a todos) e incluso *ex tunc* (con efectos desde la adopción de la norma europea) que con carácter general se reconoce a las sentencias del TJUE emitidas en el marco de cuestiones prejudiciales. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de que la venta a pérdida siga estando prohibida si se incurre en alguno de los supuestos de deslealtad previstos en el artículo 17 de la LCD, cabe plantearse si las Autoridades Autonómicas podrán seguir aplicando el artículo 14.1 pero respetando en lo posible lo previsto en la Directiva, esto es, si (i) determinan que la práctica es desleal a la luz de los artículos 5 a 9 de la Directiva (cuyo contenido se recoge igualmente en los artículos 5 a 8

de la LCD) y (ii) realizan a tal efecto un análisis previo que no invierta la carga de la prueba en perjuicio del administrado. La cuestión es relevante en la medida en que si esta solución intermedia es posible (hasta que se modifique o derogue la disposición controvertida), las Autoridades Autonómicas seguirán reteniendo cierta capacidad de imponer multas respecto a la venta a pérdida. Por el contrario, si únicamente el artículo 17 de la LCD se considera aplicable, los perjudicados por una práctica de venta a pérdida desleal dispondrán de la vía judicial para denunciar tal práctica sin que en principio pueda imponerse, adicionalmente, una sanción administrativa.

- Si bien el TJUE no se pronuncia al respecto, cabría argumentar que la sentencia únicamente declara contrario a la Directiva el apartado 1 del artículo 14 de la LOCM (que recoge la prohibición general de venta a pérdida) y no necesariamente sus apartados 2 a 4, más centrados en el concepto de venta a pérdida, en cómo ha de calcularse, y en qué papel juegan en dicho cálculo los descuentos, bonificaciones por servicios prestados y obsequios.
- En cualquier caso, la sentencia va a tener implicaciones directas en la forma en que las empresas comercializan sus bienes tanto en el nivel minorista como en el mayorista. Desde la perspectiva de los distribuidores (en particular, los minoristas) la sentencia va a otorgarles una mayor flexibilidad en la venta de sus productos pudiendo en adelante vender por debajo de coste con carácter general y no sólo como mecanismo de igualar los precios de un competidor o en relación con artículos percederos, sin perjuicio de no poder incurrir en supuestos de deslealtad². Ello puede permitir a los consumidores (y a los distribuidores minoristas) beneficiarse de precios inferiores; y a los distribuidores (mayoristas y minoristas) deshacerse de excedentes de stock que puedan tener acumulados (que no puedan considerarse ‘ventas de saldos’ ni ‘ventas en liquidación’ en el sentido de los artículos 28 y 29 de la LOCM). No obstante, desde la perspectiva de los fabricantes, una generalización de las ventas a pérdida – con el único límite del control de deslealtad de dicha práctica – podría afectar a la percepción general del consumidor sobre la calidad y el precio de sus productos o incluso perjudicar la imagen de marca de los mismos.
- Es de destacar que el TJUE cite un asunto previo (asunto *Euronics Belgium*, C 343/12) en el que ya declaraba que la Directiva se opone a una disposición nacional que establezca una prohibición general de realizar ventas a pérdida. Cabría argumentar que, en realidad, desde ese momento ya se podría haber considerado que el artículo 14.1 de la LOCM era contrario al ordenamiento de la Unión Europea, al menos en lo relativo a las ventas entre mayoristas y minoristas (sin perjuicio de que la sentencia de 19 de octubre ahora comentada permita confirmar este extremo de ahora en adelante sin ningún género de dudas).
- La sentencia no es, obviamente, óbice para que sigan aplicándose a las empresas dominantes los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, respecto a los abusos de posición de dominio derivados de ventas por debajo de coste.
- Por otra parte, no puede dejar de hacerse una reflexión respecto al artículo 9.2 de la LOCM (“Obligación de vender”) y su relación con la venta a pérdida. Esta disposición prevé que *“Los comerciantes no podrán limitar la cantidad de artículos que pueden ser adquiridos por cada comprador ni establecer precios más elevados o suprimir reducciones o incentivos para las compras que superen un determinado volumen. En el caso de que, en un establecimiento abierto al público, no se dispusiera de existencias suficientes para cubrir la demanda, se atenderá a la prioridad temporal en la solicitud”*. Pues bien, no cabe descartar que el artículo 9.2 pueda llegar a actuar, en la práctica, como una suerte de mecanismo limitador adicional de la venta a pérdida, en particular, ahora que la sentencia del TJUE considera contraria al derecho europeo su prohibición con carácter general. Ello se debe a que el empresario que venda a pérdida podría verse obligado a vender todas las unidades del producto en cuestión al precio ofertado, sin que en principio pueda limitarlo a unas pocas unidades, lo que podría suponer un desincentivo a practicar esta modalidad de venta.

- Por último, cabría plantearse hasta qué punto, una mejor técnica legislativa en la transposición de la Directiva habría podido conducir a que la sentencia del TJUE únicamente tuviera efectos respecto a la venta a pérdida entre minoristas y consumidores, pero no aplicase a las relaciones entre profesionales. En este sentido, en su análisis de la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial, invocada por el Gobierno español y la Comisión, el propio Abogado General afirma que el TJUE debía proceder a interpretar la Directiva *“habida cuenta del hecho de que de varias indicaciones suficientemente precisas procedentes del órgano jurisdiccional remitente resulta que las disposiciones de la citada Directiva han sido declaradas aplicables —aunque de un modo erróneo a mi juicio— (29) por el Derecho nacional a situaciones tales como aquella sobre la que versa el litigio principal, que no están incluidas en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.”* (apartado 45 de las Conclusiones).

Es decir, al parecer, en opinión del Abogado General, era incorrecto que el Derecho nacional considerase que la Directiva era igualmente aplicable a las relaciones entre profesionales (dado que la Directiva únicamente se aplica a relaciones con consumidores). De hecho, la Comisión ni siquiera consideró suficientemente demostrada la intención del legislador español de extender la protección de la Directiva a las transacciones entre profesionales (nota al pie 30 de las Conclusiones). En ausencia de este supuesto error (o incluso de una posible apreciación errónea del órgano remitente), así como en el caso de que el artículo 14.1 de la LOCM se hubiera modificado para trasponer la Directiva respecto a las ventas a pérdida a consumidores, cabe presumir que el pronunciamiento incluido en la sentencia del TJUE no habría aplicado a las ventas entre profesionales.

Contactos del área de Derecho de la Competencia de BROSETA



Carlos Vérguez

Director del Área de
Competencia
cvergez@broseta.com
Tel.: +34 91 432 31 44



Luis Berenguer

Senior Advisor
Área de Competencia
lberenguer@broseta.com
Tel.: +34 91 432 31 44



Nuria Arenas

Abogada
Área de Competencia
narenas@broseta.com
Tel.: +34 96 392 10 06



José Manuel Otero Lastres

Senior Advisor
Derecho Mercantil
jmotero@broseta.com
Tel.: +34 91 432 31 44

BROSETA

Goya, 29. Madrid, 28001 / Pascual y Genís, 5. Valencia, 46002
Tel. + 34 91 432 31 44 / Tel. +34 96 392 10 06
info@broseta.com / www.broseta.com