

Aurelio del Pino González*

ELEMENTOS PARA LA LIBERALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL

En el presente artículo, a partir de un breve repaso sobre los movimientos pendulares de la regulación de comercio en la reciente historia de España, se analizan pormenorizadamente las causas que podrían justificar hoy en día una intervención reguladora sobre la actividad de comercio minorista. Tras este análisis, se llega a la conclusión de que el ordenamiento jurídico español y comunitario contienen suficientes elementos para garantizar la calidad y seguridad alimentaria, el medio ambiente, los derechos de los consumidores y una libre y leal competencia en el mercado minorista y en las relaciones verticales. Se propone sustituir y revisar muchas de las limitaciones vigentes al libre ejercicio de la actividad comercial, proponiendo elementos de regulación basados en la doctrina jurisprudencial, mucho más adaptados a la libertad de empresa, como una adecuada información al consumidor.

Palabras clave: liberalización, regulación comercio minorista, defensa de la competencia, competencia desleal, derechos de los consumidores, libertad de empresa.

Clasificación JEL: K12, K23, K32, L42, L53, L66, L81, N43, N44.

1. Introducción

El comercio como actividad económica no ha estado nunca fuera del foco de los poderes públicos; la historia legislativa española, desde los primeros momentos, ha incidido en la materia sin seguir una tendencia normativa clara y coherente, sino de manera irregular, errática y pendular. Siempre se han manifestado dos extremos de opinión enfrentados, por un lado, las co-

rrientes liberalizadoras de la actividad y, por otro, las corrientes más conservadoras y contrarias al principio de libertad de comercio. En la historia de nuestro constitucionalismo más reciente (Tornos Mas, 2010), tras la aplicación del principio de libertad de comercio como consecuencia de la Constitución de Cádiz, todo el proceso de liberalización económica ha estado sometido a vaivenes continuos.

No deja de extrañar cómo los temas sobre los que han versado los debates liberalizadores se repiten a lo largo de la historia. Es el caso de la libertad de horarios del comercio (Villarejo Galende, 1999), en los que, unas veces alegando motivos religiosos, otras veces laborales, otras veces incluso económicos, las

* Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado.

Las opiniones expresadas en este artículo lo son a título personal y no en su condición de director general de la Asociación de Cadenas Españolas de Supermercados.

corrientes liberalizadoras han sido frenadas a lo largo del tiempo. El derecho de libre acceso a la actividad, propugnado por los defensores del libre comercio, se ha opuesto también a las corrientes mercantilistas que defendían una estructura gremial cerrada e incluso una intervención activa del Estado como agente económico (Tornos Mas, 1991). Por último, la regulación de la propia actividad ha sido objeto constante de estos mismos movimientos pendulares, tanto en lo que se refiere a las relaciones mercantiles, como a las condiciones de venta de los productos y la libertad en la determinación de los precios.

Es decir, el actual debate sobre la liberalización de la actividad comercial no es un debate moderno, sino ancestral, y poca influencia parecen haber tenido los razonamientos económicos en torno a las bondades de la libertad de comercio (Melle Hernández, 1997), toda vez que el planteamiento es fundamentalmente ideológico y basado en la defensa o asunción por el legislador de determinados intereses gremiales o de grupos económicos y políticos.

En este artículo no se van a abordar todas estas cuestiones o al menos no con la misma intensidad. Han sido muchos y muy recientes los estudios sobre los efectos de la transposición de la Directiva de Servicios en el comercio que, sin agotar la materia, han elevado el nivel de reflexión (Salvador Armendáriz, 2010; Tornos Mas, 2010; Parejo Alfonso, 2009; De la Quadra-Salcedo, 2009; Del Pino González, 2009 y Sánchez Armas, 2010). También son muchos los estudios y reflexiones sobre horarios comerciales, entre los que sobresale el de la profesora Vilarejo (Villarejo Galende, 1999). Por este motivo se hará más hincapié en otros aspectos de la libertad comercial, quizá menos analizados desde el punto de vista de sus efectos sobre la libertad de comercio, como son los relativos al propio ejercicio de la actividad comercial, comprando y vendiendo mercancías. Es decir, todo lo que afecta a la definición por el propio comerciante de su surtido, las relaciones con sus proveedores, el diseño del establecimiento, precios, promociones, comunicaciones con los consumidores, modalidades de venta, etcétera.

A partir de estas reflexiones preliminares, se analizará, en primer lugar, cómo se ha manifestado el movimiento pendular en nuestra historia entre la libertad de comercio y las restricciones a la misma. En segundo lugar, se expondrán cuáles pueden ser las razones para la regulación y, por lo tanto, los elementos en los que se deben basar las políticas públicas. En tercer lugar, se realizará un análisis sintético del actual régimen jurídico en España, y por último, y a modo de elemento de reflexión, se hará referencia a la propuesta que, en su día, planteó la Comisión para armonizar las actividades de promoción de ventas en el mercado interior.

2. Evolución del marco jurídico de la libertad de actividad comercial

Etapas previas a la CE de 1978

Como se ha señalado en la introducción, en este punto vamos a analizar brevemente cuál ha sido el proceso de evolución del régimen jurídico de la actividad comercial a lo largo de la historia, y cuáles son, dentro de ese proceso, los elementos que deben servir para reflexionar y configurar un régimen jurídico adaptado a los nuevos tiempos.

Como señala Esteve Pardo (2009), las bases de la regulación comercial históricamente, en lo que se refiere al ejercicio diario de la actividad de ventas, han tenido siempre un marcado carácter mercantil. No obstante, al igual que en los otros aspectos señalados en la introducción (libertad de establecimiento y horarios comerciales) ha habido una presión regulatoria creciente desde el punto de vista administrativo, de manera que el componente de derecho público llega a ser tan importante en la actividad del sector como el de derecho privado.

Si bien desde el punto de vista jurídico político puede decirse que España es un Estado unitario desde el Siglo XVI, hasta el Siglo XVIII no es realmente un mercado único por la pervivencia de aduanas interiores.

Los decretos de nueva planta de Felipe V tratan de eliminar estos obstáculos a la libre circulación de mercancías. No obstante, hasta la Constitución de Cádiz siguen persistiendo trabas y limitaciones de carácter gremial y ordenamientos fragmentados.

Ciñéndonos a la historia de nuestro constitucionalismo, la libertad de comercio realmente no aparece recogida en la Constitución de Cádiz aunque sí en los Decretos de 1813, en concreto el Decreto CCCLIX establecía en su artículo 8: «Todo se podrá vender y revender al precio y en la manera que más acomode a sus dueños con tal que no perjudique a la salud pública y ninguna persona, corporación ni establecimiento tendrá privilegio ni preferencia en las compras»¹, el artículo 9 por su parte disponía: «Quedará enteramente libre y expedito el tráfico de comercio interior de granos y demás producciones de unas a otras provincias de la monarquía y podrán dedicarse a él los ciudadanos de todas clases, almacenar sus acopios donde y como mejor les parezca y venderlos al precio que les acomode, sin necesidad de matricularse ni de llevar libros ni recoger testimonios de las compras». Es de destacar que en estos dos breves preceptos se recogen las bases de lo que aún siguen siendo los principios fundamentales de la libertad comercial, libertad de acceso a la actividad, libertad de forma y modalidad de venta, libertad de fijación de precios y eliminación de barreras a la comercialización de productos. También aparece en estos dos artículos la única base que justificaría una limitación a la actividad o una intervención administrativa, la del orden público, en este caso referida a la salud pública.

La corta vigencia de esta Normativa con la vuelta al absolutismo sería muestra del primer movimiento pendular. Restableciéndose nuevamente la libertad de comercio en el año 1834. Señala Tornos Mas que «a lo largo del Siglo XIX el principio de libertad de comercio fue perdiendo fuerza y contenido frente a un creciente

intervencionismo público cuya presencia ya no se redujo a razones fiscales o de control de los precios de productos de primera necesidad». Así, paulatinamente se va produciendo un mayor intervencionismo que va vaciando de contenido el derecho del comerciante y, al mismo tiempo, abriendo nuevas vías y cauces para la intervención administrativa.

Ya en el Siglo XX la Constitución de la Segunda República es la única que reconoce el principio de libertad de comercio en su artículo 33, pero tanto las circunstancias socioeconómicas como políticas y, por supuesto, la situación bélica a partir de 1936, impiden que se produzca un desarrollo empresarial coherente con este principio. Así pues, tanto los problemas de abastecimiento durante la Guerra Civil como en la posguerra, configuran un marco jurídico en el que todo queda supeditado a las necesidades del control de abastecimiento por la población. La intervención administrativa a través de distintos instrumentos, pero, fundamentalmente por las amplias competencias de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, para actuar sobre la oferta y la demanda a través de la intervención en precios, en los propios márgenes comerciales, en los canales obligatorios de comercialización y en los productos puestos en el mercado, realmente no sufren un punto de inflexión hasta mucho después de la posguerra.

Con las medidas del plan de desarrollo y especialmente a partir del Decreto de 1974² se liberalizan parcialmente las licencias de apertura, se permite la comercialización en determinados casos de productos alimenticios sin pasar por los mercados mayoristas, se da carta de naturaleza definitiva al comercio mixto de alimentación y cobertura legal para la regulación de la inversión extranjera en el sector. La influencia de las restricciones normativas en la configuración de los sectores económicos queda patente en el caso de la desregulación del año 1974, que va a permitir una

¹ Cita procedente de TORNOS MAS, J. (2010)

² Decreto-ley 6/1974, de 27 de noviembre, por el que se instrumentan medidas frente a la coyuntura económica.

modernización real de la actividad comercial. Esta modernización se había iniciado ya con la apertura que introdujo el Plan de Estabilización de 1959 y que estuvo en el origen del estallido del fenómeno supermercados, en un proceso que describe pormenorizadamente Maixé-Altés (2009). De hecho hemos podido asistir en estos últimos años al 50 aniversario del nacimiento de las primeras cadenas de supermercados en España.

Marco constitucional vigente

Este proceso de liberalización podría haberse consolidado y evolucionado en el tiempo, pero la cesión de competencias a las Comunidades Autónomas tras la Constitución de 1978, abrió un nuevo cauce para la intervención administrativa. El ejercicio de las competencias exclusivas en materia de comercio interior fue la excusa para introducir restricciones, tanto a la apertura como al ejercicio de la actividad, que ya parecían haberse arrinconado para siempre.

En los artículos 148 y 149 de la Constitución no aparece un título competencial expreso en materia de comercio. Así pues, el comercio interior, como materia no reservada al Estado, se asume como competencia exclusiva en los estatutos de autonomía; hasta 1996 únicamente por las que accedieron por el artículo 151 de la Constitución a la autonomía y a partir de 1996 por todas las comunidades autónomas. Esta situación va generando una diversidad y heterogeneidad normativa cada vez mayor que se trata de reconducir a través de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996. La Ley no consigue, sin embargo, frenar ni armonizar más que parcialmente el ordenamiento autonómico y, por el contrario, esta labor de homogenización parcial se consigue a través de introducir nuevas restricciones a la propia actividad administrativa en aquellas Comunidades Autónomas en las que aún no las había.

Ciertamente, la fragmentación, la dimensión y el bajo nivel de tecnificación de la distribución comercial en 1978, podía hacer difícil presagiar a los constituyentes el desarrollo del sector, con cadenas de ámbito

nacional e internacional. Para este nuevo modelo de distribución más dinámico, la heterogeneidad regulatoria supone un freno a la eficiencia y competitividad. El reparto de las competencias económicas de la constitución se hace en un momento en el que muchos mercados, como el del comercio minorista, tenían una dimensión local o regional.

El efecto liberalizador que podía haber supuesto la incorporación en España a las comunidades europeas en 1986 realmente no se produce de golpe, sino que solo va calando poco a poco a través de la transposición de distintas directivas al ordenamiento jurídico interno, y muy especialmente de la reciente Directiva de Servicios. Directiva que ha supuesto una «radical reconversión del sistema administrativo de control de las actividades de servicios»³.

Llegados a este punto, conviene introducir un elemento de reflexión para determinar si efectivamente las medidas intervencionistas siguen teniendo o cumpliendo con las finalidades pretendidas, y en qué medida.

En primer lugar, tenemos que tener presente que, a diferencia de la situación española, la dinámica en el comercio internacional sí viene marcada por una apertura creciente. Tanto los tratados suscritos con la Organización Mundial de Comercio⁴, como la propia dinámica de constitución de la Unión Europea van dirigidos a la supresión constante y paulatina de trabas y obstáculos a la actividad. Por otra parte, determinadas modalidades de venta como la venta a distancia a través de Internet, están rompiendo los moldes y cauces tradicionales de relación entre empresas y consumidores y de la contratación entre empresas. Aunque desde el punto de vista normativo se intenta encuadrar o encarrilar esta realidad en beneficio de los consumido-

³ PAREJO ALFONSO, L. (2009).

⁴ De hecho, cabe notar que los compromisos adquiridos en el marco la Organización Mundial del Comercio (OMC) en los sucesivos acuerdos generales sobre comercio y servicios (GATS) y que obligan legalmente al Reino de España, impiden jurídicamente, a nivel europeo y nacional, la introducción de nuevos obstáculos y barreras a la libre implantación y ejercicio de la actividad comercial y existe un compromiso de ir eliminando las restricciones declaradas en los acuerdos.

res, lo que sí es cierto es que se ha abierto un nuevo ámbito muy dinámico de configuración empresarial en el que es la oferta concreta y adaptada al consumidor y no el tamaño de la empresa lo que configura la decisión de compra. Por último, aunque siguen planteándose debates en torno a una hipotética confrontación entre grandes y medianas empresas comerciales, la realidad —al menos para el consumidor— es mucho más rica. En la actividad de venta presencial el precio se conjuga con muchos otros factores como el surtido, la conveniencia, la experiencia de compra, etcétera, que van acompañando a la citada venta.

3. Bases jurídicas para la regulación de la actividad comercial

Como ya se ha señalado en la introducción, la intervención administrativa en materia de comercio interior, sobre todo en el sistema constitucional, debe tener una base habilitante. El concepto de orden público, en un sentido integrador de otros conceptos como el de salud pública o, como rubricó la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entendido como razón imperiosa de interés general, sería en pureza y por coherencia con el principio de libertad de empresa, la única base que justificaría una restricción a la actividad comercial en su ejercicio. Sin embargo, vemos como las restricciones en la actividad comercial tienen origen en distintos fundamentos o competencias que han distorsionado o forzado el principio hasta extremos injustificados.

Vamos a hacer un repaso de aquellas cuestiones que podrían estar en la base o justificar una regulación limitativa de la actividad comercial, para ver si realmente están en el fundamento de las disposiciones vigentes actualmente en España.

Ordenación económica

Empezamos por las razones de carácter económico. Podría pensarse que, en una determinada situa-

ción socioeconómica o momento histórico, la actividad realizada de forma libre en el mercado por los operadores privados no sería la forma más eficiente de asignación de los recursos. Estas situaciones obviamente serían extremas ya que, como señalan todos los estudios y pone de manifiesto Melle Hernández (1999), no ha habido ninguna doctrina económica que haya podido justificar que en circunstancias normales la economía de mercado no sea el mecanismo de creación y distribución de bienes más eficiente. Estas situaciones extremas podrían venir justificadas por razones de crisis bélicas, catástrofes naturales o urgencias y crisis sanitarias. No parece que ninguna de estas circunstancias esté en la base de la normativa actual. Incluso podría pensarse que ni siquiera la propia Constitución ha previsto la derogación del principio de libertad de empresa en los supuestos de estados de excepción o sitio⁵. Forzando intencionadamente la interpretación de los preceptos constitucionales en estos supuestos de extrema gravedad, sería preciso regular por una norma de rango legal las restricciones al principio de libertad de empresa, según exige el artículo 131, mientras que el Gobierno podría acordar por simple decreto la declaración de los estados de alarma y excepción que limitan derechos fundamentales.

Ciertamente, en nuestro texto constitucional el principio de libertad de empresa tiene unos límites difusos, recogidos en el artículo 38⁶ del propio texto como son las exigencias de la economía y la subordinación a una eventual planificación económica. Al no definir la propia Constitución el contenido esencial de este derecho, corresponde a los legisladores el concretarlo

⁵ El artículo 55 de la Constitución española contempla la restricción al ejercicio de algunas de las libertades políticas en los estados de excepción y sitio, y el artículo 116 establece el régimen de aplicación a través de Ley Orgánica de estos tres estados. Sin embargo, las libertades recogidas en el artículo 38, relativo a la libertad de empresa, no se ven afectadas formalmente por la declaración de estas situaciones excepcionales.

⁶ El artículo 38 de la CE reza así: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

y al Tribunal Constitucional constatar la compatibilidad de su desarrollo con el bloque de constitucionalidad. No obstante, una parte muy importante de la doctrina coincide en el carácter de genuino derecho fundamental de la libertad de empresa, frente a aquellos que propugnan que se trata de una garantía institucional.

La concreción de este principio en la doctrina del Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de ponerse de manifiesto en numerosas ocasiones, singularmente en aquellos conflictos constitucionales planteados por las Comunidades Autónomas cuando el Estado ha ejercido sus competencias en el marco del artículo 149.1.13ª de la Constitución⁷.

Como señala Paz-Ares (2008), en la interpretación del principio de libertad de empresa en relación con otros intereses públicos, el Tribunal Constitucional ha aplicado el juicio de proporcionalidad (STC 66/1995, STC 66/1991 y STC 75/1983) que supone una evaluación comparativa entre medios y fines, lo que incluye como condición la necesidad misma de la medida restrictiva y la adecuación a los fines previstos.

Este planteamiento constitucional que Paz-Ares desgrana con más detalle, sirve para engarzar esta doctrina con la que paralelamente ha venido consolidando el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En este paralelismo gana sin duda la jurisprudencia europea por varios motivos:

— En primer lugar, por la importancia relativa que dentro de cada texto constituyente (Constitución Española *versus* tratados constitutivos) se le otorga a la libertad de empresa. En los textos europeos se concreta en los principios de libertad de establecimiento, de libre circulación de mercancías personas y capitales y de libre prestación de servicios⁸ y también son los tratados los que los marcan teleológicamente, con el fin de lograr un mercado interior competitivo. Por

otra parte, el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no es sino un desarrollo o concreción material de estos principios, tanto en lo que refiere a la materialización positiva de cada uno, como de los límites a la intervención pública. Esto supone de partida la definición del contenido esencial, junto con la prohibición taxativa hacia los Estados miembros de las medidas que directa o indirectamente tengan por objeto o efecto el impedir el ejercicio de los derechos.

— En segundo lugar, porque la Unión Europea en su actuación debe respetar las limitaciones que contempla el propio Tratado, especialmente cuando se trata de desarrollar otras políticas públicas en el ámbito ambiental o de defensa de los consumidores, etcétera. Además, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad marcan, de acuerdo con el Tratado de la Unión Europea (TUE), su capacidad de intervención⁹.

— En tercer lugar, porque realmente el TJUE es el garante del principio frente a los particulares y no solamente ejercita una actividad de profilaxis del ordenamiento jurídico.

Además de lo anterior, la doctrina del TJUE ha sido tan coherente que ha resultado relativamente sencillo sintetizarla y positivizarla en distintas normas. En el ámbito de los temas abordados en el presente estudio son de destacar la Directiva¹⁰ 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales y la Directiva 2006/123/CE de servicios¹¹. En ambos textos, el legislador europeo no hace sino trasladar la doctrina del TJUE en materia de protección de consumidores y de libertad de establecimiento y prestación de servicios respectivamente.

Por este motivo, es más fácil desgranar los límites a la libertad de empresa y por lo tanto al libre ejercicio de la actividad basados en condicionamientos de

⁷ El artículo 149 de la CE señala: «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias... 13ª Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica».

⁸ Artículo 26 TFUE, antiguo artículo 14 TCE y desarrollo posterior del TFUE.

⁹ Artículo 5 TUE.

¹⁰ 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 las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004.

¹¹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

carácter económico a partir de la normativa europea sistematizada en la Directiva de Servicios y transpuesta al ordenamiento jurídico interno a través de distintas normas¹². La libertad comercial, como actividad de servicios, no puede verse sometida más que a aquellas limitaciones que taxativamente permite la normativa comunitaria.

Sin querer extendernos en la materia, baste señalar que, en primer lugar, hace falta la existencia de una «razón imperiosa de interés general» que justifique la limitación administrativa a la actividad, ya sea en condiciones de acceso, ya sea en condiciones del ejercicio de la actividad. El Tribunal, a la hora de valorar la eventual justificación de una medida restrictiva, ha sentado ciertas bases, entre ellas, hemos de destacar que, entre los intereses contemplados en el artículo 36 TCE no pueden considerarse intereses de naturaleza económica¹³. En efecto, tal y como se ha afirmado en sentencias posteriores, los objetivos de naturaleza económica no pueden constituir una razón de interés general, que justifique una restricción de una libertad general garantizada por el Tratado¹⁴.

En consecuencia, las limitaciones a la libre actividad comercial deben basarse en otras razones distintas de las razones económicas.

Razones higiénicosanitarias

Uno de los elementos tradicionales que ha justificado la intervención pública en la actividad comercial, ha sido el de la defensa de la salud pública, como ya se ha indicado en el apartado 2. Esta justificación ha llevado a lo largo de los tiempos a una regulación gremializada de la propia actividad comercial en la que el tipo de producto comercializado iba marcando incluso las propias formas y estructuras de comercialización.

En el ámbito de la distribución alimentaria subsisten muchas normas especiales basadas, precisamente, en el afán de los responsables políticos y administrativos de minimizar los riesgos para la salud, a base de reducir igualmente las vías y cauces de comercialización. Buen ejemplo de ello lo tenemos aún en normas que ya claramente están desplazadas de nuestro ordenamiento jurídico, aunque todavía no derogadas expresamente, como las que se recogen en el proyecto de Real Decreto por el que se derogan total o parcialmente determinadas reglamentaciones técnico-sanitarias y normas de calidad referidas a productos alimenticios, que a fecha de terminación de este artículo está tramitándose por el Gobierno. En esta norma se deroga totalmente la Reglamentación Técnico-Sanitaria del Comercio Minorista de Alimentación de 1984, junto con otras muchas normas que contemplaban restricciones a la libre comercialización de muchos productos, como el caso del pan.

La normativa comunitaria está obligando a armonizar la legislación de los Estados miembros, ya que las regulaciones nacionales estaban suponiendo una barrera injustificada o desproporcionada al ejercicio de la actividad empresarial. Los ejes de la regulación comunitaria se recogen en una serie de reglamentos denominados el «paquete de higiene»¹⁵. Por lo

¹² A este respecto hay que considerar la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y las diversas leyes de comercio de las Comunidades Autónomas.

¹³ Vid, entre otros asuntos, la sentencia de 19 de diciembre de 1961, rec. 1961, pág. 657: «attendue que l'article 36, à l'encontre de l'art. 226 vise des hypothèses de nature non économique n'étant pas susceptibles de porter atteinte aux principes fixés par les articles 30 à 34, ainsi que la dernière phrase de cet article le confirme».

¹⁴ En palabras del TJUE: «Objetivos de carácter meramente económico no pueden justificar un obstáculo al principio fundamental de libre prestación de servicios» (asuntos C-158/96 o C-224/97, entre otros).

¹⁵ El denominado «paquete de higiene» comprende seis Reglamentos que armonizan y simplifican 17 directivas, conformando una política de higiene alimentaria única y transparente, que es aplicable a todos los alimentos desde el 1 de enero de 2006: Reglamento (CE) 178/2002, Reglamento (CE) 852/2004, Reglamento (CE) 853/2004, Reglamento (CE) 854/2004, Reglamento (CE) 882/2004 y Reglamento (CE) 183/2005.

tanto, el legislador europeo elige el nivel máximo de armonización, el del reglamento, con el fin de que no se produzca con el paso del tiempo nuevamente una fragmentación de la regulación. Los principios básicos de la regulación asumen, pues, la libertad del operador, pero sobre la base de dos principios, la autoevaluación obligatoria y la responsabilidad; y la Administración se reserva, por lo tanto, ya no el papel de regulador completo, sino el de supervisor y controlador.

Razones medioambientales

La necesidad de protección del medio ambiente y la sostenibilidad están siendo utilizadas como argumento para intervenir con mayor intensidad en la actividad empresarial. Ciertamente, la conceptualización de la defensa del entorno natural como un bien de interés general es un elemento diferenciador de las sociedades desarrolladas como la nuestra. En los últimos años el medio ambiente se ha ido erigiendo ya no solo como una política sectorial enfocada a la defensa del patrimonio hídrico y forestal, sino en una política transversal que afecta a todas las actividades y con una creciente profundidad que incluye cada vez más variables. Desde este punto de vista, toda la actividad económica debe contemplar la minimización de los efectos sobre el medio ambiente.

En lo que se refiere a las distintas políticas sectoriales en materia de residuos, vertidos, ruidos, contaminación lumínica, eficiencia energética, movilidad, etcétera, existe una legislación sectorial muy prolija y casuística que ya establece las cautelas y prevenciones oportunas. En lo que se refiere a los efectos de la actividad sobre el territorio, la Directiva de Servicios permite que esta variable sea tenida en cuenta a la hora de establecer un régimen de autorizaciones administrativas, no obstante, de aplicarse tendría que respetar los principios de justificación, proporcionalidad y no discriminación (Sánchez Armas, 2010).

La razón medioambiental en abstracto, sin embargo, no justificaría en ningún caso limitaciones al propio ejercicio de la actividad de compra y venta mercantil. No puede deducirse un hipotético daño al entorno de carácter genérico por el solo hecho de comprar y vender mercancías que justificase la limitación de la actividad empresarial. Cualquier obstáculo o discriminación que por la vía de la fiscalidad ambiental o cualquier otra penalizase la actividad debería entenderse contrario al principio de libertad de empresa.

Protección del consumidor

La protección de los derechos del consumidor podría ser una razón lo suficientemente poderosa para justificar determinadas restricciones al ejercicio de la actividad empresarial de comercio. De hecho la defensa de los consumidores viene consagrada en la propia Constitución española¹⁶ como una obligación de los poderes públicos y precisamente viene recogida en el mismo artículo la reserva de Ley para la regulación del comercio.

La defensa de los consumidores aparece también como una pieza esencial en el tratado de funcionamiento de la Unión Europea. En una interpretación sistemática de este principio en los tratados y en la normativa europea de desarrollo, la defensa de los consumidores es de hecho consustancial a un adecuado funcionamiento del mercado.

Desde este punto de vista, la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores,

¹⁶ El artículo 51 señala: «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales».

es la referencia conceptual en la materia y pretende erigirse como marco de las otras directivas y de las legislaciones nacionales¹⁷. Es por este carácter de legislación marco, al igual que la Directiva de Servicios, por el que la Directiva de prácticas desleales sistematiza la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia (Massaguer, 2006). Los criterios del TJUE y por lo tanto de la Directiva son bien claros:

— El ámbito o materia objeto de la armonización son las prácticas comerciales en sentido amplio, realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores en la medida que perjudiquen de forma directa sus intereses económicos.

— Se definen dos tipos de prácticas desleales: las engañosas y las agresivas. Las prácticas comerciales engañosas consisten en la difusión de información falsa y de información incompleta que induzca o pueda inducir a error al consumidor sobre la prestación concreta y que, por ello, pueden llevarle a tomar una decisión de mercado que de otro modo no hubiera tomado. Las prácticas agresivas son aquellas que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección del consumidor.

— Para poder evaluar cuándo una práctica puede llevar al engaño o la coacción, se usa como referencia el criterio del consumidor medio, razonablemente atento e informado.

— Por último, se recoge una lista negra de prácticas engañosas y agresivas, prohibidas en todos los casos.

Es decir, la Directiva comunitaria recoge con carácter general la libertad de actuación mercantil para definir sus prácticas de comercialización, siempre que se haga con criterios de lealtad hacia el consumidor.

Aunque la Directiva solo afecta a las relaciones entre empresas y consumidores, dado que las prácticas desleales hacia los clientes colocan a las empresas que no las utilizan en una situación de desigualdad, pueden constituir igualmente supuestos de competencia desleal entre empresas. Esta previsión de la Directiva se ha trasladado a nuestro Derecho interno y por este motivo la Ley 29/2009, que transpuso la Directiva¹⁸ introdujo cambios muy importantes en la Ley de competencia desleal, en un coherente diseño legal que describe entre otros Ruiz Peris (2010).

Defensa de la competencia

Llegados a este punto, vamos a analizar en qué medida la defensa de la competencia puede llegar a ser base jurídica para limitación de la libertad del comerciante en sus actividades mercantiles de compra y venta. Para empezar, no obstante, hay que poner de manifiesto una diferencia muy importante entre este bien jurídico y los restantes; la defensa de la libre competencia y de la libertad de empresa entroncan en una finalidad común: el buen funcionamiento del mercado como sistema óptimo de asignación de bienes y servicios.

Por ese motivo, tanto el Derecho público de la competencia como la regulación mercantil de la competencia desleal establecen, con carácter general, un marco de libertad para la actividad empresarial y solo limitan ésta cuando se pueda demostrar un daño efectivo al

¹⁷ El artículo 1 de 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, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004, señala: «La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores».

¹⁸ 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.

mercado en su conjunto o al competidor leal, respectivamente.

Aunque posteriormente se analizarán más algunas cuestiones, a la hora de desgranar el régimen jurídico vigente, cabe señalar que la legislación mercantil y civil es competencia exclusiva del Estado en virtud de las reglas 6.^a y 8.^a del artículo 149 de la Constitución y que, sobre esta base competencial, están dictados muchos preceptos de la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista. También cabe destacar que por la íntima relación con el funcionamiento del mercado a la Unión Europea le corresponde como competencia exclusiva «el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior»¹⁹.

No obstante, resulta muy difícil vencer la retórica tradicional de la economía española contra el mercado, como señala Fraile Balbín, que tradicionalmente se ha basado en la defensa de intereses gremiales de la industria, del comercio o del sector agrario y en la que muchas veces bajo el paraguas de la competencia, pero con la intención puesta en estos otros intereses y alegando razones «estratégicas» se ha distorsionado el propio mercado restando eficiencia y productividad a nuestra economía. La ruptura a esta retórica se encuentra precisamente en la legislación *antitrust* y de competencia desleal, a partir de la cual se defiende auténticamente la competencia como bien jurídico sin necesidad de acudir a la tradicional retórica de las consecuencias nefastas de la competencia a ultranza y sin límites.

Es muy ilustrativo al respecto el informe de la Comisión Nacional de Competencia sobre «las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario», informe que ha de entenderse no de manera aislada, sino como un elemento adicional de la doctrina que al efecto se está construyendo por la propia CNC

y por los órganos europeos de defensa de la competencia²⁰.

Tradicionalmente las consideraciones de las autoridades de competencia, manifestadas en los expedientes de concentraciones económicas, se han centrado en la persistencia de importantes restricciones a la competencia en la distribución minorista, derivadas de la persistencia de normativa estatal y autonómica en materia de apertura de nuevos centros y de horarios comerciales. Por esto resultan más novedosos los últimos informes que se refieren a actividad mercantil de aprovisionamiento y de venta. Sería aventurado y pretencioso querer sistematizar en el espacio de este artículo esta doctrina con toda su profundidad, pero puede ser útil destacar algunos rasgos:

En cuanto a la actividad comercial de aprovisionamiento:

— En primer lugar, queda puesto de manifiesto que las normas del Derecho público de la competencia son aplicables a todos los sectores económicos, incluyendo las relaciones de aprovisionamiento de la industria con el sector agrario y de la distribución comercial con sus proveedores.

— En segundo lugar, una «sobreregulación» en el intento de equilibrar las relaciones entre las dos partes involucradas en la relación distributiva, puede

²⁰ Se trata del *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario* aprobado por la CNC el 5 de octubre de 2011. Al respecto resulta de gran interés la consulta al *Informe sobre competencia y sector agroalimentario* aprobado por la CNC el 19 de mayo de 2010, pero también de los informes emitidos por la CNC a distintos proyectos normativos como el *Informe sobre el Real Decreto-ley 19/2012, de medidas urgentes de impulso del comercio*, el *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución*, el *Informe de la Reforma de la Ley del Comercio Minorista* o el informe sobre *Reforma de la ley comercio minorista en el marco de la transposición directiva de servicios*. Todos estos informes y estudios están accesibles desde el sitio de Internet de la CNC: <http://www.cncompetencia.es>. También son de destacar los informes del órgano catalán de competencia, *La mejora de las prácticas comerciales en la cadena agroalimentaria y las funciones de la Autoritat Catalana de la Competència* de mayo de 2010 y de la red europea de autoridades de competencia, *Report on Competition Law Enforcement and Market Monitoring Activities by European Competition Authorities in the Food Sector* de 24 de mayo de 2012.

¹⁹ Artículo 3.1 b) del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea

reducir en exceso la efectividad del principio de libertad de pactos sobre el funcionamiento del mercado. La existencia de un desequilibrio entre el poder de mercado o la capacidad de negociación del proveedor y del distribuidor no implica necesariamente una situación de dependencia económica del uno frente al otro.

— En tercer lugar, el intentar solucionar los problemas de abuso derivados del desequilibrio negociador de las partes en una relación jurídica limitando la libre voluntad de las partes puede ser ineficaz. Existen por otra parte mecanismos que deben ser explorados por el legislador como el fomento de la integración y dimensionamiento del sector productor.

— En cuarto lugar, se considera que la actividad del sector minorista y la intensa competencia del mismo han servido para mejorar, con carácter general, la economía en beneficio del propio consumidor.

— En quinto lugar, se señala que puede haber algunas restricciones a esta libertad de pactos que sí puedan ser beneficiosas, como la formalización por escrito de los contratos de suministro.

— Por último, los mecanismos para evitar eventuales abusos que tengan consecuencias negativas en la libre competencia pueden encontrarse dentro de la supervisión, la vigilancia de los propios operadores y la utilización efectiva de los mecanismos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal, sin tener que acudir a restricciones regulatorias o a la proliferación de diferentes regímenes regulatorios especiales o códigos de conducta parciales.

En cuanto a la actividad de venta:

— En primer lugar, las limitaciones en materia de descuentos y promociones limitan la libre competencia, como ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones la CNC.

— No está justificada una regulación especial para el sector minorista de la venta a pérdida del artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, ya que el régimen de la Ley de

Defensa de la Competencia y en la Ley de Competencia Desleal, cubre suficientemente el daño que estas prácticas pudieran hacer al mercado o a los competidores.

En definitiva, la defensa de la libre y leal competencia, utilizada en algunas ocasiones como excusa para limitar la propia competencia interviniendo en la libre actividad del comerciante, tiene un marco legal que cubre la práctica totalidad de situaciones. Las autoridades de competencia, más allá de intensificar la regulación sectorial, propugnan generalmente la eliminación de restricciones al ejercicio de la actividad empresarial.

4. Las limitaciones a la actividad comercial, el marco regulatorio vigente del comercio minorista

Planteamiento general

Como ya se ha señalado en la introducción, la limitación más clara de la actividad comercial se ha centrado tradicionalmente en la libertad de acceso a la actividad, mediante el establecimiento de licencias comerciales específicas de carácter limitativo y en la restricción de los horarios comerciales. Muchos han sido los estudios sobre la cuestión, especialmente a partir de la aprobación de la Directiva de Servicios. La base competencial utilizada por el Estado para regular estas materias —tanto en lo que se refiere a los preceptos concretos de la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista, como al conjunto de la Ley 1/2004, de horarios comerciales— ha sido la necesidad de establecer unas reglas básicas de ordenación de la actividad económica²¹.

²¹ Ver disposición final única, párrafos 4 y 5 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y la disposición final primera de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales.

El Tribunal Constitucional ha consolidado una jurisprudencia²² en materia de legislación básica sobre comercio interior en la que, sintéticamente, sí se le habilita al Estado para establecer lo que podría denominarse un «umbral mínimo de liberalización» que podría llegar inclusive a la libertad total, pero que no le habilitaría para decidir sobre cuestiones o concreciones específicas. Sin perjuicio de que esta síntesis de la doctrina constitucional pueda resultar específicamente burda, sí debe quedar clara la facultad de decidir autónomamente por las Comunidades Autónomas dentro de los límites marcados por el Estado. De hecho, en las últimas reformas de los estatutos de autonomía se han recogido con detalle las competencias «exclusivas» de ejecución de la legislación básica, sin hacer a veces referencia a que las bases estatales deben resultar de aplicación en todo caso²³. De hecho, desde la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares todas las comunidades han tenido competencias exclusivas en la materia de comercio interior.

Sin embargo, la regulación concreta referida al ejercicio de la actividad de compra y venta recogida en la Ley de Ordenación de Comercio Minorista ha tenido carácter de legislación civil y mercantil. Esto supone la existencia de una legislación uniforme para el Estado, en lo que se refiere a la relación entre privados que no es susceptible de desarrollo autonómico.

Esta separación no es tan clara como podría suponerse, ya que se consideran susceptibles de desarrollo autonómico algunas condiciones concretas para el

ejercicio de la actividad entre privados, no solo por así preverse en algunos casos específicamente por la Ley de Comercio Minorista²⁴, sino por la desconcertante inseguridad jurídica que establece la Ley 7/1996, al considerar que muchos preceptos de marcado carácter mercantil tienen carácter de legislación supletoria²⁵.

Por otra parte, el condicionar la licencia comercial a la justificación de determinados surtidos o determinadas modalidades de venta ha supuesto de hecho una intromisión el libre ejercicio de la actividad mercantil del empresario. Este es el caso, por ejemplo, de las restricciones que existían antes de 2010 a los establecimientos llamados de «descuento duro».

Actividades entre empresarios

La Ley de Ordenación del Comercio Minorista introduce una distorsión dentro del régimen mercantil general de relaciones entre empresarios, al establecer unas reglas excepcionales a la legislación mercantil especial sobre pagos, facturación o documentación.

Entre estas cuestiones encontramos:

— El establecimiento de unas obligaciones específicas para los proveedores en materia de garantías del artículo 12.3, que aunque no derogadas formalmente se entienden desplazadas por la Ley 29/2009²⁶.

— Un régimen específico sobre documentación y formalización de facturas en el artículo 14.

— El régimen excepcional de pago a proveedores del artículo 17.

²² La más reciente es la Sentencia 88/2010, de 15 de noviembre de 2010, pero en ese mismo sentido pueden verse entre otras las SS TT CC 225/1993, 284/1993 y 164/2006.

²³ Ver artículo 121.1 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en el que se señala que la competencia exclusiva en materia de comercio y ferias incluye, en todo caso: «La regulación de los horarios comerciales respetando en su ejercicio el principio constitucional de unidad de mercado» y «la clasificación y la planificación territorial de los equipamientos comerciales y la regulación de los requisitos y del régimen de instalación, ampliación y cambio de actividad de los establecimientos». En un sentido muy similar se pronuncia el artículo 58.1.1 de Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

²⁴ Es el caso de los registros de empresas franquiciadoras y de empresas de venta a distancia o de la fijación de los periodos de rebajas antes del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

²⁵ La doctrina ha puesto de manifiesto repetidamente esta incongruencia, entre otros CARRASCO PERERA (1997), quien señala que «la propia disposición final única no sólo revela la miseria de las componendas políticas sino la profunda incuria del legislador al que parece darle igual la calidad de las leyes y la posibilidad misma de su eficaz aplicación».

²⁶ 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.

— La regulación de la venta multinivel y de la venta piramidal de los artículos 21 y 22.

— La regulación del régimen de franquicia del artículo 65.

En este punto, cabría plantearse hasta qué punto es necesario un régimen especial, distinto de la regulación mercantil general, por el mero hecho de que uno de los empresarios sea un distribuidor. Resulta difícil la justificación basada en las razones antes expuestas en el apartado 3, por lo que la justificación no puede encontrarse sino en motivaciones que, al menos en el momento actual, resultarían incompatibles con el principio constitucional de libertad de empresa. Cabe señalar, por otra parte, que un elemento clave para la seguridad es la coherencia de la propia legislación, y la necesidad de que todas las relaciones mercantiles, especialmente en materia de contratación, se recojan en un único cuerpo normativo como el Código de Comercio.

Sin querer reabrir un debate sobre el momento histórico en que se aprobó la ley, tendríamos que contrastar este régimen especial del comercio con la normativa mercantil actualmente vigente.

— Ya hemos señalado que la regulación especial del artículo 12.3 ha quedado desplazada por la Ley 29/2009. De hecho esta norma dejó de tener sentido con la transposición de la Directiva 1999/44/CE sobre venta y garantía de los bienes de consumo en el año 2003²⁷.

— En cuanto a la prohibición de las ventas por debajo de coste, artículo 14, también hemos señalado en el apartado 3.5. cómo la Comisión Nacional de Competencia ha dictaminado que no tiene sentido mantener un régimen específico de prohibición, toda vez que los mecanismos de la Ley de Defensa de la Compe-

tencia y de la Ley de Competencia Desleal establecen los cauces adecuados para proteger al mercado y al consumidor. Por otra parte, las condiciones para la emisión y validación de facturas están recogidas de manera vinculante en la normativa tributaria sobre el impuesto sobre el valor añadido.

En lo que se refiere a un régimen especial de pago a proveedores, el mantenimiento de un régimen general al margen de la Ley 3/2004 parece innecesario, máxime cuando en la reforma operada en 2010, se ha establecido un régimen especial agroalimentario. En consecuencia sería deseable que se reconsiderara esta situación a la hora de transponer al Derecho interno la nueva Directiva comunitaria sobre la materia²⁸.

— En lo que se refiere a la regulación de la venta piramidal, cabe señalar que esta modalidad de venta tiene ya una regulación sustantiva en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, como bien señala el propio artículo 22 de la Ley de Comercio Minorista.

— Por último, la regulación específica del régimen de franquicia del artículo 65 y del registro de franquiciadores de la Ley de 1996 deja de tener sustantividad propia, tanto por el carácter no constitutivo de los registros de franquiciadores después de la Ley 1/2010, como por el hecho de que la regulación comunitaria sobre competencia es la que determina en qué casos y bajo qué restricciones son válidos estos acuerdos verticales²⁹. Al respecto cabe destacar también las consideraciones sobre la innecesariedad de un régi-

²⁷ Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo, trasnpuesta por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Hoy la regulación está recogida en el 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.

²⁸ Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. La nueva Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que sustituye a la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, tiene que ser incorporada al Derecho interno antes del 16 de marzo de 2013.

²⁹ Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril de 2010, en aplicación del artículo 101(3) del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

men especial para este tipo de contratos que subrayó la CNC en su informe al anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución Comercial.

Estas restricciones van en muchos casos acompañadas de un régimen de supervisión administrativa, no homogéneo a nivel nacional. En definitiva, sería necesario revisar la legislación vigente, y comprobar si existe justificación para la excepcionalidad del régimen mercantil para la distribución comercial, y si estas medidas son proporcionadas y no discriminatorias.

Actividades de venta

En lo que se refiere a las actividades de venta, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista recoge un complejo régimen en el que, como se ha señalado, se mezclan disposiciones de distinta naturaleza. A diferencia de otros sectores de servicios en los que la actividad de ventas y promocional no cuenta con ninguna regulación específica que restrinja la capacidad de configurar libremente los precios y promociones (hostelería, restauración, servicios de cuidado personal, transportes,...) el comercio minorista cuenta con importantes restricciones de carácter legal recogidas en la Ley 7/1996 y en la Normativa autonómica.

En materia de rebajas la modificación operada por el reciente Real Decreto-ley 20/2012³⁰, es una buena prueba de cómo las exigencias del mercado demandan un marco regulatorio más flexible.

Un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre las limitaciones adicionales al ejercicio de la actividad promocional³¹, ha declarado inconstitucio-

nal la legislación catalana sobre la materia según la cual la mera «minoración» en el precio era asimilable a la venta en rebajas.

Aparte de la ya mencionada restricción a las ventas por debajo de coste que señala la CNC, la Ley del Comercio Minorista recoge algunas restricciones que han sido desarrolladas por las propias Comunidades Autónomas.

En muchos casos, la regulación de las promociones busca el mantener un marco de competencia leal entre empresas al tratar de centrar la medida regulatoria en una adecuada información del consumidor. Así el propio artículo 18.3 de la Ley 7/1996 remite a la Ley de Competencia Desleal en los casos en que, a través de la actividad de promoción, se esté realizando un acto de engaño. Sin embargo, en muchas otras ocasiones la regulación supone un freno a la libre competencia entre empresas como pormenorizadamente describe Palau Ramírez (1998).

De hecho se podría afirmar que la mejor fórmula para regular las promociones de ventas sería la de acudir a grandes categorías y conceptos generales para garantizar en todo caso la correcta información al consumidor y la lealtad de la práctica.

5. Armonización de la normativa sobre promociones

Propuesta de reglamento sobre promociones de ventas

La excesiva regulación legal de las prácticas comerciales resulta incluso una barrera para el mercado interior europeo. Por ese motivo en el Libro Verde sobre protección de los consumidores de octubre de 2001, se preveía una medida para armonizar la regulación de promociones en toda la Unión Europea. Esta propuesta se concretó inmediatamente en una propuesta de Reglamento³².

³⁰ El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, ha modificado el régimen de las rebajas dejando que tanto los periodos como la duración de las rebajas será decidida libremente por cada comerciante.

³¹ Sentencia 4/2011, de 14 de febrero. El FJ de la Sentencia hace referencia a la previa STC 157/2004, para señalar que este régimen tiene un marcado carácter mercantil y añade: «definir la venta en rebajas como aquella modalidad de venta en la que se ofertan al público artículos “a un precio inferior al fijado antes de su venta o en unas condiciones que supongan una minoración en relación con el precio practicado habitualmente” supone regular las relaciones contractuales en un aspecto tan central como es el precio de los productos que se someten a esta modalidad de venta».

³² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior (2002/C 75 E/02) COM(2001) 546 final (presentada por la Comisión el 4 de octubre de 2001)

La propuesta de Reglamento se presentó simultáneamente con la que finalmente sería la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, tramitándose ambas conjuntamente. De hecho la finalidad de ambas propuestas iba encaminada a un mismo objetivo. La complejidad en la tramitación³³ de la propuesta de Reglamento, hizo que finalmente decayera su tramitación temporalmente. No obstante siguen teniendo pleno interés, tanto los diagnósticos recogidos en la propuesta y los informes que la acompañan, como el propio planteamiento regulatorio.

Elementos de la propuesta de Reglamento

La propuesta de Reglamento tiene cuatro características principales:

— Primero, la eliminación de las prohibiciones y restricciones generales que pudieran existir en diversos Estados miembros en relación con el uso y la comunicación comercial de las herramientas promocionales. Por ejemplo, prohibición de las primas, límites al valor de los descuentos, prohibición de supeditar a la compra la participación en juegos, etcétera.

— Segundo, como consecuencia de lo anterior, se establecen requisitos de información adecuados y modernos para garantizar un nivel más elevado de protección de los consumidores. Si el motivo de las prohibiciones podía estar fundado en una teórica desprotección del consumidor, una adecuada información, proporcionada y adecuada al medio de comunicación, restituiría sobradamente este equilibrio. La propuesta preveía dos tipos de requisitos de información: el primero se refería a las disposiciones de transparencia aplicables a la comunicación comercial de las promociones de ventas. El segundo tipo de requisitos de información atañía a los que debían ponerse a disposición del cliente previa solicitud. Por ejemplo, todos los descuentos estarían suje-

tos a la condición de que el promotor indicara a solicitud del cliente, el precio anterior del bien o servicio objeto de la promoción y el período (incluidas las fechas) durante el cual se aplicó dicho precio.

— En tercer lugar, la propuesta de Reglamento para proteger a los menores y la salud pública preveía medidas para no incitar a los menores a revelar datos personales, que las muestras gratuitas no pudieran perjudicarles, restricciones en la promoción de tabaco y bebidas alcohólicas, etcétera.

— Por último, y como mecanismo de cierre, se aplicaba el principio de reconocimiento mutuo a todas las promociones provenientes de otros Estados miembros que cumplan con la legislación de origen.

La propuesta de Reglamento igualmente incluía, como el informe de la CNC, la eliminación a las prohibiciones de ventas por debajo de coste, a cambio igualmente de mejorar la información del consumidor. En definitiva, la propuesta planteaba una mayor libertad y flexibilidad a cambio de una información suficiente y adecuada que permitiera, en sintonía con la regulación de prácticas desleales, que el consumidor decidiera libremente de acuerdo con la información disponible.

6. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto a lo largo de este artículo, la actual legislación en materia de distribución comercial precisa de un profundo proceso de revisión para adaptarla a la situación de nuestra economía, y de un esquema empresarial moderno y competitivo. El marco normativo en materia de seguridad alimentaria, de defensa del consumidor y de defensa de la competencia contiene tantos elementos de garantía y salvaguarda de estos intereses sociales que resulta de muy difícil justificación un régimen especial para las relaciones mercantiles entre los comerciantes, sus proveedores y sus clientes.

Por otra parte la regulación y la intervención administrativa no pueden hacer sino introducir distorsiones en el mercado y reducir la adaptabilidad y competi-

³³ La tramitación entera de la propuesta puede econsultarse en el portal Prelex de la Unión Europea: http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=16828.

vidad de los operadores comerciales. Es por eso que frente a la alternativa de una ordenación limitativa y casuística, hay otra alternativa más razonable y respetuosa con el orden constitucional y el Derecho comunitario, basada en grandes categorías jurídicas y en la positivización de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La experiencia derivada de la transposición de la Directiva de Servicios puede ser un referente para eliminar de nuestro ordenamiento jurídico aquellas restricciones carentes de justificación, desproporcionadas y discriminatorias. Los beneficios de un marco más libre y competitivo sobre el conjunto de la economía, y en última instancia sobre el propio consumidor, son la mejor justificación y el mejor argumento.

Referencias bibliográficas

- [1] ALONSO ESPINOSA, F. J. (1999): *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw-Hill.
- [2] BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. y LEGUINA VILLA, J. (1997): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Tecnos.
- [3] CARRASCO PERERA, A. (1997): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Tecnos.
- [4] DEL PINO GONZÁLEZ, A. (2004): «El marco normativo del comercio interior en España. Una aproximación histórica», *Distribución y Consumo*, 73, Madrid, Mercasa.
- [5] DEL PINO GONZÁLEZ, A. (2007): «La nueva Directiva de servicios y sus repercusiones en la ordenación de la distribución comercial», *Distribución y Consumo*, 94, Madrid, Mercasa.
- [6] DEL PINO GONZÁLEZ, A. (2009): *Las claves en la transposición de la Directiva de servicios. La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Granada, Comares.
- [7] DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2009): «La Directiva de servicios y la libertad de empresa» *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 7, Madrid, Iustel.
- [8] ESTEVE PARDO, J. (2009): *El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho Público*. Fundamentos e instituciones de la regulación. Derecho de la Regulación Económica, Madrid, Iustel
- [9] FRAILE BALBÍN, P. (1988): *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, Colección Economía Española de Fundación Argentaria, Madrid, Visor.
- [10] LÓPEZ PELLICER, J. A. (1999): *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw-Hill.
- [11] MAIXÉ-ALTÉS, J. C. (2009): «La modernización de la distribución alimentaria en España, 1947-1995», *Revista de Historia Industrial*, 41, Barcelona, Universitat de Barcelona.
- [12] MASSAGUER FUENTES, J. (1999): *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw-Hill.
- [13] MASSAGUER FUENTES, J. (2006): «Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales», *Actualidad Jurídica*, 13, Madrid, Uría y Menéndez.
- [14] MELLE HERNÁNDEZ, M. (1997): *La Ley del Comercio y sus efectos económicos*, Madrid, Marcial Pons.
- [15] PALAU RAMÍREZ, F. (1998): *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho de la competencia desleal y la normativa de ordenación de comercio*, Madrid, Marcial Pons.
- [16] PAREJO ALFONSO, L. (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 6, Madrid, Iustel.
- [17] PAZ-ARES, P. (2008): *Artículo 38. Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer.
- [18] PIÑAR MAÑAS, J. L. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (1997): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Civitas.
- [19] REVERTE NAVARRO, A. (1999): *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw-Hill.
- [20] RUIZ PERIS, J. I. (2010): *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- [21] SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. (2009): *Eficacia y proceso de transposición de la Directiva de servicios en España. La Directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada.
- [22] SÁNCHEZ ARMAS, T. (2009): *La Directiva 2006/123/CE de servicios en el mercado interior y la innovación en el comercio*, Comares, Granada-
- [23] SÁNCHEZ ARMAS, T. (2010): «La Directiva de servicios y su impacto en la distribución comercial. Anatomía de una transposición», *Boletín Económico*, n.º 2.990, ICE, Madrid.
- [24] TORNOS MAS, J. (2010): *El principio de libertad de comercio en el constitucionalismo español. De la Constitución de Cádiz a la de 1978*, AEPDA, San Fernando-Cádiz.
- [25] TORNOS MAS, J. (2010): *La licencia comercial específica y el régimen de las autorizaciones en la directiva de servicio. La Directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada.
- [26] VILLAREJO GALENDE, H. (1999): *Régimen jurídico de los horarios comerciales*, Comares, Granada.