

LEY DE ORDENACION DEL COMERCIO MINORISTA

JUICIO CRITICO DE UNA REFORMA

■ ANGEL CARRASCO PERERA



La Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, merece un comentario desde el más desapasionado punto de vista jurídico, liberado de consideraciones de otro orden. Para hacer un juicio de valor como jurista, el intérprete puede limitarse a contrastar: a) los fines pretendidos por el legislador con los fines asumidos por la generalidad del ordenamiento jurídico; b) los fines declarados y las técnicas empleadas en su consecución; y c) el efecto inmediato del empleo de determinadas técnicas jurídicas y las incentivos de efectos secundarios calificables como perversos.

El resultado final del proceso legislativo ha supuesto -a nadie se le oculta- el triunfo de una propuesta (la llamada filosofía del comercio tradicional) que

en los años previos se había batido en retirada en los dos distintos frentes de batalla en que era combatida por las opciones no regulatorias.

Desde 1982 a 1994, el Estado había venido desempeñando la opción anti-regulatoria, frente a las Comunidades Autónomas, y podía decirse que, en general, había ganado esta guerra después de conseguir pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC 86/1988, 64/1991, 225/1993, 264 y 284/1994, etcétera) que legitimaban la libertad de horarios comerciales y proscribían las regulaciones autonómicas que restringían las formas de intercambio en la cadena de distribución (rebajas, liquidaciones, ventas a distancia, etcétera). Bien es verdad que a cambio de estas concesiones, las Comunidades

Autónomas se llevaron a su corral las competencias de intervención intensiva en la implantación de grandes superficies, y obtuvieron poco menos que carta blanca para ejercer un ilimitado control administrativo sobre el ejercicio del comercio.

El otro frente de combate donde la propuesta de regulación hacía aguas estaba dominado por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Este Tribunal no sólo se ha abstenido de condenar ninguna de las prácticas promocionales de los grandes establecimientos, sino que confiesa una y otra vez sin empacho su liberalismo, y remite a los gremios de minoristas quejosos a la arena de la libre concurrencia, para que compitan con imaginación y bajos precios.



En las murallas del Tribunal de Defensa de la Competencia se han estrellado todos los disparos dirigidos contra las "ventas" bancarias de artículos de lujo, contra las ventas con prima, contra el "dos por uno", contra los descuentos solapados bajo forma de obsequio, etcétera.

INCREMENTO DE LA REGULACION

La Exposición de Motivos de la ley es incongruente con el texto articulado. El objetivo que se declara en aquella es la consecución del más eficiente sistema de distribución (combinando el mejor servicio posible de aprovisionamiento de los consumidores con el menor costo de ejecución) y una completa protección de los intereses de los consumidores, incrementando la oferta de bienes y la calidad del canal de distribución.

El medio para la realización de estos fines, se declara, deberá ser el mercado, que garantiza la óptima asignación de los recursos y una mejora continuada de los precios y de la calidad. Pero es claro de la lectura del articulado legal que el objeto que se puede conseguir con los medios que se reglamentan no pueden ser aquéllos, sino, más simplemente, la redistribución de renta entre operadores minoristas; redistribución que la Exposición de Motivos llama enfáticamente "corrección de los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales".

Lo que resulta manifiesto es que la Ley no utiliza como instrumento organizador el mercado, sino la regulación administrativa contraria al mercado. Se trata de una Ley profundamente restrictiva de la autonomía, desconfiada y mezquina con la capacidad de desarrollo del mercado. Esto no se aprecia sólo ni primeramente en las continuas limitaciones de las estrategias empresariales, sino fundamentalmente en el crecimiento de la coacción administrativa. La ley en cuestión puede leerse como una lista de supuestos de hecho restrictivos que se califican como infracción sancionable. Prácticamente toda estra-



tegia comercial ajena al modelo de tendero de barrio queda calificada en los arts. 64 y 65 como infracción sancionable. No se cuestiona aquí, naturalmente, que el consumidor deba ser protegido; pero en la protección del consumidor poco avanza esta ley respecto del abundante cuerpo normativo ya existente. Menudean en cambio reglas imperativas en los contratos entre empresarios, que protegen a uno de ellos, y que dan cierta sensación de irrealidad e infantilismo: ¿es necesario y eficaz, por ejemplo, proveer a los franquiciados de una protección tan cándida como la que resulta del art. 62? ¿va a conseguir con el art. 17.2 en favor de los proveedores de las grandes superficies una protección que no ha podido suministrarles el mercado? ¿cómo va a suponerse capaz de exigir instrumentos con ejecución cambiaria a quien no tiene el poder de negociación suficiente como para negarse a vender bajo condiciones impuestas?

Con todo, en favor del legislador hay que decir que el texto legal definitivo es menos rechazable que las proposiciones iniciales, y que su alcance resultador es mucho más modesto; hay que hacer constar que del texto definitivo han desaparecido los preceptos que en el originario regulaban (y, por tanto, restringían) las ventas con descuento, las ventas con entrega aplazada, las ventas a plazos y las ventas a prueba;

que se ha eliminado, por ejemplo, la prohibición original de la venta multinivel, que sin embargo sigue estando prohibida a nivel autonómico (Andalucía, sin ir más lejos, en su recentísima Ley de Ordenación del Comercio Minorista).

LIMITACIONES Y COSTES

Naturalmente, la opción legal comporta limitaciones y costes. Para gestionar la eficacia de esta ley será preciso incrementar el gasto público en burocracias administrativas que vigilen y sancionen su cumplimiento. Este incremento de gasto será muy notable para aquellas CC.AA. (todas las que vieron incrementadas sus competencias por la vía de la Ley Orgánica 2/1992) que hasta el presente han podido "recolocar" sus escasas competencias en materia de disciplina de mercado dentro de sus burocracias, más desarrolladas, de Sanidad o de Consumo. De hecho, puede vaticinarse que en las Comunidades Autónomas de este tipo la disciplina de regulación administrativa intensa del mercado tiene ya garantizado su fracaso por falta de fondos públicos.

Pero, además, es una falacia suponer o pretender que la intervención administrativa incrementa la protección de los consumidores en este ámbito. Ningún procedimiento administrativo sancionatorio permite que el consumi-





dor participe económicamente en la multa pecuniaria, con objeto de enjuagar el daño contractual que le pueda haber producido una estrategia empresarial engañosa.

Ni la Administración va a utilizar sus privilegios legales (vía de apremio, etcétera) para "liquidar" el daño del particular consumidor. El incremento de las sanciones y de la represión no le eximirá de litigar civilmente buscando compensación de su daño o tolerar éste. En la Ley de Comercio no se prevén mejores mecanismos contractuales (alguna excepción hay: cfr. art. 42, sobre envíos no solicitados) sino más sanciones administrativas.

Podemos clasificar las distintas variedades de intervención conforme al siguiente esquema:

a) Regulación por intervención. Se trata de que en una práctica de mercado anteriormente libre se interpone la competencia de intervención administrativa, capaz de condicionar el mercado según criterios más o menos discrecionales. En este orden de cosas tenemos, por ejemplo, la creación de la "segunda licencia" (autonómica, ahora) para la implantación de grandes superficies, sujeta aquélla, además, a baremos escasamente controlables y profundamente discrecionales (art. 6); la reserva en favor del Estado para intervenir ocasionalmente en la fijación de los precios (art. 13); la sumisión de la

práctica de ventas "especiales" (a distancia, ambulante, automática, en subasta, en régimen de franquicia) a un innecesario registro autonómico (distinto del Registro Mercantil) y a una autorización administrativa de cuyos fines y criterios no se hace mención (art. 37). El resultado de este régimen de intervención no será sólo el aumento innecesario de costes sino, mucho más grave para la conciencia del jurista, el incremento de conductas administrativas incontrolables e incontestables con la legalidad.

b) Regulación mediante prohibiciones. Merced a este método, se procede sin más a cercenar una estrategia de mercado. En un alarde de parcialidad gremial abusiva e injustificada, el legislador decide prohibir la práctica de créditos al consumo acometida por entidades bancarias mediante la exposición de objetos de un comerciante independiente, que es financiado a crédito (art. 8.2). Se prohíbe por principio la venta bajo coste (art. 14). Se prohíbe la venta en pirámide (art. 23) y las ofertas conjuntas como regla (art. 34), así como los envíos no solicitados (art. 42). Se prohíbe la venta directa de mayorista a consumidor a precios menores que los practicados a los minoristas (art. 35).

c) Regulación mediante restricciones. Forma un subtipo de la anterior. En lugar de prohibir una determinada práctica comercial en general, se limi-

tan las formas en que aquélla se tolera como lícita. En este sentido, por ejemplo, se impide, sin razón de peso, que el comerciante limite la cantidad de artículos que pueda adquirir un comprador, o que establezca precios más elevados o suprima reducciones para las compras que superen determinado volumen (art. 9.2.). Se restringen las temporadas de rebajas a dos períodos anuales, con una duración máxima cada uno de dos meses (art. 25), y se prohíbe ofertar en rebajas productos deteriorados (art. 26.2). Se restringe la libertad de comercio del empresario que hubiese practicado una venta en liquidación (art. 31).

d) Regulación mediante imposiciones. En lugar de actuarse mediante una regla prohibitiva, se procede ahora a prescribir una conducta que se impone incondicionalmente como debida. De esta forma, el comerciante deberá atender a los pedidos en el orden temporal de las solicitudes (!) (art. 9.1.). Sólo podrá aplazarse el pago a proveedores más allá de sesenta días si la deuda de instrumenta en documento cambiario (art. 17.2). Se impone para estos pagos aplazados un interés moratorio superior al 50% del interés legal del dinero (art. 17.4). Se obliga a hacer constar el precio anterior en toda estrategia promocional (art. 20). En supuestos de rebajas (art. 26) o de ventas de saldo (art. 28.3) o de liquidación (art. 30.2) se obliga a que el género haya estado durante un cierto tiempo en poder del comerciante antes de proceder a su venta promocional. En la venta a distancia no podrá exigirse por principio el pago anticipado del producto (art. 43.2).

REGULACION PLURAL DE LA DISTRIBUCION COMERCIAL

"La dispersión de la normativa vigente obliga a un esfuerzo legislativo de sistematización". Con estas palabras de la Exposición de Motivos, el legislador provee una justificación más para la existencia de una Ley de Ordenación del Comercio. Esta pretensión, sin embargo, sólo podría considerarse cumplida si la nueva ley tuviese como

efecto la eliminación de esta proliferación de normativas dispersas, lo que comportaría la derogación de la regulación estatal paralela existente con anterioridad a la Ley de Comercio y la consecución del máximo de uniformidad posible dentro de la pluralidad regulatoria territorial. Ninguno de estos objetivos se han conseguido.

a) Concurrencia de regulaciones estatales. Una de las inconsecuencias no menores de esta ley es que gran parte de los efectos pretendidos por ella podían ser conseguidos (y, de hecho, estaban siendo conseguidos) con la aplicación de la regulación estatal ya existente. Y, además, como esta legislación no se deroga ni se restringe en su aplicación, resulta al cabo una concurrencia de medios normativos sin otra consecuencia visible que el incremento de antinomias legales e incongruencias en el seno del Ordenamiento.

La Ley de Comercio Interior concurre, en primer lugar, con la normativa reguladora del Derecho de la competencia, contenida en las leyes 16/1989 (de Defensa de la Competencia) y 3/1991 (de Competencia Desleal). Si se repasa la lista de conductas prohibidas por el art. 6 de la Ley 16/1989, por atribuirles el legislador el carácter de estrategias de abuso de posición dominante, se aprecia que se solapan con la obligación de vender a que se refiere al art. 9.1 de la Ley de Comercio, o con el régimen restrictivo de los aplazamientos de pago del art. 17. Con la inconveniencia, además, de que los imperativos rígidos de la nueva ley no admiten ponderación según las circunstancias concurrentes, lo que impide la adaptación de la norma a la evolución de las estrategias del mercado.

El amplio conjunto de supuestos normativos de la nueva ley que contienen una regla de prevención frente a las estrategias empresariales engañosas o las informaciones publicitarias insuficientes u opacas (cfr. arts. 18.2, 19, 21, 24.2, 26.2, 28.2, 29, 58) están igualmente comprendidos en la regulación estatal que ordena la protección de los intereses de los consumidores (arts. 8 y 13 de la Ley 26/1984, General para la



protección de los consumidores y usuarios), en la que regula y prohíbe la competencia desleal (art. 7 de la Ley 3/1991, en la que regula la publicidad (arts. 4 a 6 de la Ley 34/1988, General de Publicidad). La prohibición general de la venta a pérdida en el art. 14 de la Ley de Comercio contradice y malbarata la prohibición para casos tasados que contiene el art. 17 de la Ley de Competencia Desleal. La protección que merecen consumidores y competidores frente a la venta con obsequio y prima está mejor atendida con el art. 8 de la Ley de Competencia Desleal que con los arts. 32 a 34 de la Ley de Comercio.

El solapamiento de la Ley de Comercio con la regulación protectora de los consumidores va mucho más allá que la referencia que hemos hecho a la protección frente al engaño o la opacidad informativa. La Ley 26/1991, reguladora de las ventas fuera de establecimiento, entra en colisión con los arts. 10 (derecho de desistimiento) y 38 a 48 (ventas a distancia) de la Ley de Comercio, generando problemas de selección de la norma aplicable, tan graves como dejar en situación de incertidumbre el régimen aplicable a las ventas con catálogo, por ejemplo.

Sin contar, además, con que la propia regulación de la Ley de Comercio referida a la venta a distancia nace ya obsoleta, al contradecir reglas básicas de lo que será la futura Directiva comu-

nitaria en esta materia. La regulación de la garantía de los productos duraderos del art. 12 de la Ley de Comercio es redundante con la que se hace en el art. 11 de la Ley 26/1994; si ésta se consideraba insuficiente, hubiese sido preferible modificarla, en lugar de promulgar un texto paralelo y dejar aquella subsistente. No se entiende el sentido de una mención tan insustancial a la venta ambulante, como la que se hace en los arts. 53 a 55 de la Ley de Comercio, cuando esta materia, además de no corresponder su regulación al Estado, está sobradamente satisfecha con el RD 1010/1985, regulador de la venta no sedentaria.

Lo más grave de la concurrencia entre ordenación del comercio y protección de consumidores hace referencia al capítulo de infracciones y sanciones. Prácticamente todas las infracciones en materia de disciplina de mercado son consideradas por el Real Decreto 1945/1983 sobre infracciones de consumo, y es sobre esta norma como se ha estructurado el Derecho administrativo sancionador de las Comunidades Autónomas. ¿Deroga el Título IV de la Ley de Comercio el art. 34 de la Ley de Consumidores y su desarrollo por el RD 1945/1983? ¿habrá que crear en las Comunidades Autónomas un doble aparato burocrático, eventualmente adscrito a distintas Consejerías, para inspeccionar y sancionar conductas

que admiten calificaciones fungibles? Son preguntas sin respuesta.

b) Unidad de mercado y dispersión regulatoria territorial

La Ley de Comercio no acierta a resolver sensatamente el problema que resulta de combinar el mantenimiento de la unidad interior del mercado nacional de distribución (art. 139.2 de la Constitución española) y la estructura territorial del Estado. La Ley de Comercio no impide que las Comunidades Autónomas con competencia plena o de desarrollo legislativo en materia de comercio interior promulguen sus propias leyes de comercio (art. 1), lo que conduce a que la eficacia de la ley estatal, salvo los preceptos que se declaran de aplicación directa, sólo es supletoria de la que produzcan estas Comunidades Autónomas (cfr. Disposición Final de la Ley).

Pero no todas las Comunidades disponen de aquella competencia plena o de desarrollo. ¿Bastará, sin embargo, alegar la competencia plena o de desarrollo que, esta vez sí, todas las CC.AA. poseen en materia de defensa de los consumidores? En mi opinión, sí, y algunas como Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Asturias, Murcia, Cantabria y Baleares pueden tener leyes de ordenación del comercio minorista sin necesidad de procurarse un título específico suficiente.

A las Comunidades Autónomas se les reserva la competencia para calificar un establecimiento comercial como gran superficie, así como la de conceder una licencia comercial específica distinta de la municipal, y a la que ésta se subordina (art. 2.3, 6 y 7).

Las CC.AA. determinan las fechas de rebajas (art. 25) y el plazo de entrega de los obsequios o regalos (art. 33.1), y homologan las máquinas de venta automática (art. 49.2). La competencia sancionadora está plenamente atribuida a las CC.AA. (art. 63.1). A los Ayuntamientos les corresponde la competencia para autorizar la venta ambulante; pero el precepto que así lo dispone (art. 54) es precisamente de aquéllos que sólo rigen en defecto de disposición en contrario de las CC.AA.

Pero estas normas no constituyen el techo competencial de las Comunidades Autónomas. Las competencias que acabamos de mencionar son las que la ley estatal de comercio interior concede a las Comunidades Autónomas.

Lo que no excluye que éstas puedan desplazar la regulación estatal mediante una normativa propia, que a su vez distribuya o redefina competencias de manera distinta a como lo hace la ley estatal en los preceptos que han sido citados. Inmediatamente surge la cuestión de si toda la ley estatal queda



reducida al simple papel de normativa supletoria para el caso de que las Comunidades Autónomas no regulen. La respuesta es negativa.

Por generalizar de alguna manera y sistematizar las razones de esta decisión de la ley estatal, se puede afirmar que el legislador ha querido que resulte aplicable directamente en todo el Estado la parte normativa de esta ley que constituye regulación de Derecho privado de la contratación o de la competencia mercantil; otras normas se declaran básicas –admiten, pues, un desarrollo normativo propio de cada Comunidad– por considerar que constituyen

reglas que desenvuelven la superior competencia estatal de ordenación de la economía. En fin, tres normas del Derecho sancionador (las que regulan la reincidencia, la graduación de sanciones y la prescripción de las faltas) se declaran de aplicación a la vez (!) directa (es decir, sin posibilidad de desarrollo normativo autónomo) y básica (con posibilidad de desarrollo normativo autónomo), por considerar que afectan a la igualdad básica de todos los españoles (art. 149.1.1 de la Constitución: aplicación directa) y por corresponder a las bases del Derecho Administrativo (art. 149.1.18 de la Constitución: aplicación básica).

En otro orden de cosas, y por lo que se refiere a los horarios, la Ley Orgánica 2/1996, complementaria de la Ley de Comercio, establece un mínimo básico común para todo el Estado (ocho domingos y festivos, y setenta y dos horas mínimas semanales), entregando a las Comunidades Autónomas la competencia restante.

Otro aspecto cuestionable es la ausencia de un criterio razonable para determinar cuáles son los preceptos de la Ley que afectan al Derecho privado de la contratación o de la competencia mercantil. A continuación, se incluyen algunos ejemplos:

– Se declara de aplicación general que el fabricante preste garantía de los productos duraderos; pero no es directamente aplicable la norma que establece que el plazo de garantía será de seis meses o que el fabricante debe disponer de un adecuado servicio técnico durante cinco años (art. 12).

– La permisión de la venta multinivel y la prohibición de la venta piramidal sólo rigen en defecto de disposición en contrario de lo que dispongan las CC.AA.; pero se declara de aplicación directa y general el párrafo 3 del art. 23, en el que se declara que “las condiciones contractuales contrarias a lo previsto en este artículo son nulas de pleno derecho”.

– Es directamente aplicable en todo el Estado que las rebajas no pueden practicarse sobre productos deteriorados o sobre géneros específicamente

adquiridos para revenderlos como rebajas (art. 24); pero no es de aplicación directa, sino supletoria, la norma que prohíbe ofrecer en rebajas productos que hubieran sido en el mes anterior objeto de alguna promoción, o la que prohíbe ofertar especialmente artículos deteriorados (art. 26).

– Es de aplicación directa y general que los saldos sólo pueden practicarse sobre productos deteriorados, en desuso u obsoletos; pero no es básica la prohibición de ofrecer como saldos productos que no se vedan a precio inferior al habitual (art. 28).

– Es de aplicación directa la lista de causas tasadas por las que puede practicarse una venta en liquidación, pero no la prohibición de vender como liquidación genero específicamente adquirido para este fin (art. 30).

– No es de aplicación directa la norma que define la licitud misma de la venta con obsequio y la que prohíbe que se ofrezcan premios condicionados a la adquisición de productos o servicios determinados; pero sí es de aplicación directa y general que la empresa responsable de la oferta esté obligada a canjear cualquier obsequio por otro perteneciente a la misma colección (arts. 32 y 33).

– No es de aplicación general una norma con tanta incidencia en la distribución interterritorial como la que prohíbe por principio las ofertas conjuntas (art. 34).

– No es de aplicación general la norma que prohíbe enviar a consumidores productos que no han sido previamente solicitados ni la que establece que la entrega del producto vendido a distancia no podrá demorarse más allá de treinta días ni la que prohíbe aceptar pagos anticipados a la entrega del bien; pero sí es de general aplicación que el consumidor disponga de un derecho de desistimiento que durará siete días desde la recepción del producto (arts. 42 a 44).

RIESGOS DE INEFICACIA

El sistema regulatorio establecido por el legislador está sujeto a dos riesgos, no

controlables por él, que pueden convertirse en letra muerta la ordenación legal del comercio.

a) El coste de la regulación.

El primer riesgo, al que ya hemos hecho referencia, es el del coste presupuestario que la aplicación de dicha Ley supondrá para las Administraciones autonómicas, y que las obligará a buscarse recursos suplementarios en tiempos de recesión del gasto público.

El coste de vigilancia del cumplimiento de esta ley será tan alto que cabe sospechar con fundamento que



gran parte de la misma nace ya como letra muerta. Al tratarse de una ley de intervención administrativa, el sistema creado se ve incapaz de autorregularse a coste cero.

b) Estrategias de elusión.

El segundo riesgo que el legislador no ha previsto ni puede controlar es el de las estrategias empresariales de elusión de la ordenación legal. Al establecer reglas de derecho con un supuesto normativo muy rígido que pretende contener una realidad empresarial que, por el contrario, es extraordinariamente fluida, se incentiva que la estrategia prohibida por aquél resulte legalizada

bajo otro tipo que sólo difiere de aquel por alteraciones semánticas que el mercado puede asumir sin coste alguno.

Si la frontera de la gran superficie han de ser los 2.500 m² de superficie, siempre cabe escapar de las garras de la intervención construyendo inmuebles con 1 m² menos, lo que, además, no podría ser considerado nunca un fraude de ley, sino como simple uso estratégico a que invita la legislación.

Si se prohíbe la venta piramidal, siempre podrá practicarse como venta multinivel, pues no hay fronteras en los supuestos de hecho legales de los arts. 22 y 23, sino simple acentuación del pathos de secta que se adivina en algunas empresas que practican o practicaron el modelo piramidal.

Todo aquello que no puedo practicar como rebajas, por no estar dentro de fecha permitida, puedo venderlo como promoción (art. 27), que no está sujeto a restricciones temporales: ¿no da lo mismo acaso “rebajar” el género que ofrecer una “semana de oro” para todos los artículos del establecimiento?

No puede practicarse la venta a pérdida, pero sí puedo ofrecer “dos por uno”. No puedo practicar rebajas en marzo, pero sí puedo ofrecer como “obsequio” a mis clientes un viaje o un seguro gratuito o a “un precio especialmente reducido” (art. 32).

De hecho, es lo que venía haciendo el Tribunal de Defensa de la Competencia para “sortear” la clásica e inexplicable prohibición de descuento en libros de texto: El Corte Inglés, que no puede “rebajar” el precio de los libros de texto, podía en cambio vender a precio oficial, ofreciendo al cliente un bono de compra (gratuita) de otros productos del mismo establecimiento.

Para terminar, la definición legal de lo que sea tienda de conveniencia en el art. 3 de la Ley de horarios comerciales es tan inespecífica que cualquiera con un mínimo de imaginación podrá abrir en domingo bajo la cobertura de esta denominación comercial. □

ANGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil.

Universidad de Castilla-La Mancha.