



Universidad de Valladolid

**Facultad de Ciencias Económicas
y Empresariales**

Trabajo de Fin de Grado

**Grado en Administración y
Dirección de Empresas**

**Competencia Desleal: La Práctica
del *Dumping* en España**

Presentado por:

Miguel Rabanal Cifuentes

Tutelado por:

Ángel Marina García-Tuñón

RESUMEN:

En este Trabajo de Fin de Grado se pretende analizar la competencia y sus problemas y obstáculos, llegando así a la competencia desleal, más concretamente la Venta a Pérdida. En este punto analizaremos las cuestiones legales de dicha práctica desleal para así discernir cuándo podemos hablar de venta a Pérdida como una práctica contraria a la ley y cuándo no. Para este estudio final contaremos con el análisis de sentencias judiciales reales, las cuales nos ayudarán a clarificar la problemática real a la que se enfrentan los juzgados en la práctica.

Palabras clave: Competencia, Libre Mercado, Competencia Desleal, Venta a Pérdida.

ABSTRACT:

In this Bachelor thesis we are going to analyze the competition and its problems and obstacles, getting like this to the unfair competition, more precisely, treating the issues referred to the "Dumping". At this point we will analyze the legal issues of that unfair practice to clarify when we can talk about "Dumping" as an unfair practice and when we cannot. To this final study we will use the analysis of actual court judgements, which will help us to see clearly the problematic associated to this kind of practice the judges have to face.

Key words: Competition, Free Market, Unfair Competition, Dumping

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	3
2. LA COMPETENCIA Y SU REGULACIÓN.....	4
2.1 La libre competencia.....	6
2.2 Origen de la libre competencia.....	7
2.3 Regulación de la competencia.....	8
3. REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA ..	11
3.1 Ayudas públicas	14
4. LEY DE COMPETENCIA DESLEAL	16
4.1 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.....	16
4.2 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal	18
4.2.1 Modificación de la LCD	20
4.2.2 Prácticas consideradas desleales en la Ley de Competencia Desleal	
23	
5. VENTA A PÉRDIDA.....	24
5.1 Regulación referente a la Venta a Pérdida.....	26
5.1.1 Casos considerados desleales de venta a pérdida por la LCD	29
6. PRÁCTICAS JURISPRUDENCIALES REFERENTES A LA VENTA A PÉRDIDA	31
7. CONCLUSIONES	36
8. MATERIAL DE CONSULTA.....	38
8.1 Bibliografía	38
8.2 Webgrafía.....	39
8.3 Legislación	40

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pasará a analizar la competencia y, más concretamente, dada su importancia y abundancia en los mercados (tanto el español como el internacional) la práctica de venta a pérdida o “*Dumping*”.

En primer lugar, se analizará la competencia, centrándonos en su vertiente de libre competencia, pues sin ésta no serían posibles las prácticas desleales puesto que no existiría competencia real, sino que el mercado se compondría de monopolios u oligopolios de oferta. Para continuar con el análisis de las diferentes modalidades estructurales del mercado en función del número de agentes que operan, tanto por parte de la oferta como de la demanda, y los casos que podrían poner obstáculos a dicha competencia.

Una vez asegurada la existencia de la libre competencia en el mercado por aquellos que decidan formar parte de éste de forma activa, analizaremos situaciones en las cuales determinados agentes del mercado obstaculizan o intentan obstaculizar la libre actividad empresarial de sus competidores (ya sean éstos directos o indirectos).

Centrándonos en el objeto principal del trabajo, se analizará en qué consiste la práctica de la venta a pérdida además de su regulación, la cual, como veremos, es diversa pues existen varias leyes con potestad para regular esta práctica desleal, además del derecho europeo, el cual es determinantemente influyente en el derecho español. Todo esto generará ciertas problemáticas que se pondrán de manifiesto en el análisis de sentencias reales.

Para finalizar, se expondrán unas conclusiones extraídas tras el estudio y elaboración del presente trabajo.

2. LA COMPETENCIA Y SU REGULACIÓN.

Antes de profundizar en temas más concretos relacionados con el objeto del presente trabajo es necesario hacer mención de qué es la competencia y el porqué de la importancia de ésta para el buen funcionamiento de la economía.

En referencia a lo anterior, entendemos por competencia aquella situación en la que concurren en el mercado un número no definido de empresas que ofertan productos similares o idénticos¹, los cuales son adquiridos por un número, una vez más, no definido, de compradores. En este sentido es importante apuntar que tanto los vendedores como los compradores buscan maximizar sus beneficios y satisfacción, respectivamente, mediante la interacción en el mercado; pero como veremos más adelante, esto no siempre es posible dada la existencia de imperfecciones del mercado, ya sea por parte de la demanda o de la oferta.

Es importante destacar determinadas situaciones que podrían darse en el mercado debido al número de oferentes y demandantes que encarnarán, en algunos casos, las imperfecciones de mercado anteriormente nombradas. Si bien existen variedad de situaciones de oferta y demanda en cuanto al número de sujetos, nos centraremos en las particularidades de la oferta dado el objeto del presente trabajo.

En relación con los escenarios referentes a la cantidad de sujetos por parte de la demanda, podemos diferenciar entre situaciones de monopsonios y oligopsonios, las cuales crearían imperfecciones en el mercado debido a la adquisición desigual de poder de negociación en relación con el vendedor. Y, por último, como veremos más adelante, la competencia perfecta.

Referente a las situaciones relacionadas a la cantidad de agentes operando por parte de la oferta, podemos destacar las siguientes:

- Monopolio: situación en la cual sólo existe un oferente de uno o varios productos, esta situación es particularmente ineficiente tanto para el mercado como para los consumidores dado que, dada la inexistente competencia, no se invierte con el objetivo de la consecución de mejoras

¹ Entendiendo estos productos como sustitutivos.

en el producto ni en los procesos de producción, esto hace que los productos en un mercado internacional no sean competitivos. Por otro lado, tampoco es beneficioso para el consumidor dado que, al existir un solo oferente, todo el poder de negociación lo tiene éste, por tanto, establece el precio de forma discrecional en vez de fijarse mediante la interacción de oferta y demanda.

- Oligopolio: esta situación es similar a la anterior, si bien en ésta no existe un solo oferente, sino que son varios. No obstante, estos oferentes al ser escasos se comportan en la práctica como un monopolio debido a acuerdos comerciales, reparto de cuota de mercado y fijación de precios. Por tanto, los inconvenientes de la existencia de un oligopolio son muy similares a los de un monopolio.
- Competencia perfecta: esta situación es la ideal para cualquier mercado. Es aquel escenario en el cual existen muchos oferentes y demandantes, por tanto, los oferentes se ven obligados a mejorar sus productos y procesos para obtener una ventaja comparativa respecto a los competidores, ya sea en atributos del producto final o en precio (mediante la mejora y aumento de eficiencia de los procesos de producción). Esta modalidad de mercado, a diferencia de las dos anteriores, se caracteriza por la rivalidad de los competidores, esto hace que, presumiblemente, a largo plazo los productos sean mejores, y más asequibles para el consumidor final, por tanto, se maximiza así la satisfacción de los consumidores y los beneficios² de los vendedores.

Es precisamente la competencia perfecta la cual se intentará buscar y proteger para el óptimo funcionamiento de los mercados y la maximización de los intereses de oferentes y demandantes.

² Entendiendo beneficios no sólo como beneficio económico sino también reputacional, aumento de valor de la marca y mayor notoriedad en los compradores.

2.1 La libre competencia.

La libre competencia es aquella situación de mercado en la cual hay libertad de entrada y salida de competidores. Lo que quiere decir que no existen barreras ni de entrada ni de salida. En este contexto las empresas pelearán mediante el precio, calidad o atributos/características de sus productos (los cuales son similares o incluso idénticos) para así diferenciarse y ser capaces de captar la atención y la futura compra de su producto o servicio por parte de los consumidores, y a su vez éstos también son libres de comprar o no. Dado que hay libertad de entrada y salida de empresas, es presumible que bajo determinadas circunstancias habrá multitud de competidores y consumidores en el mercado (los cuales tendrán un total conocimiento de las condiciones del mercado, en otras palabras, no existirían asimetrías en la información) y el precio de los productos fluctuará en función de la interacción existente entre vendedores y compradores (tanto compradores como vendedores serían precio-aceptantes), es decir, por la interacción entre oferta y demanda, sin ningún tipo de intervención o regulación del estado. Si estas circunstancias se dan, unidas a la no existencia de barreras de entrada y salida de empresas en el mercado, se alcanzará un nivel óptimo de eficiencia y con él una bajada de precios y mejora de la calidad de los productos ofertados, así como una mayor satisfacción percibida por parte de los consumidores.

La situación anteriormente descrita se referiría a una situación de competencia perfecta, no obstante, rara vez ésta es perfecta. En la mayoría de los casos es imperfecta, es decir, el número o bien de vendedores o de consumidores es único o muy reducido (monopolios y oligopolios de oferta o demanda)³ y esto les confiere capacidad para afectar los precios. Asimismo, pueden darse prácticas orientadas a eliminar empresas competidoras, restringir su entrada en un determinado mercado o bien limitar la competencia, como podría ser la fijación de precios. Es por esto por lo que la competencia está regulada (como veremos más adelante) tanto por la Ley Española como por la europea para intentar subsanar dicha problemática y restablecer así la libre competencia, buscando

³ Entendiendo monopsonios y oligopsonios como los referidos monopolios y oligopolios de demanda.

seguridad jurídica para las empresas y mayor libertad de elección para los consumidores.

2.2 Origen de la libre competencia.

Si bien la libertad de concurrencia en el mercado es algo normalizado en la actualidad en los países con cierto nivel democrático, no siempre fue así. Es necesario remontarse al siglo XVIII, Antes de la revolución francesa, para ver una situación distinta a la actual. Antes de la revolución, no existía libre competencia, sino que para entrar en un determinado mercado era necesario pedir el permiso y beneplácito al gremio en cuestión⁴, el cual controlaba todo lo relativo a su mercado particular (el de su producto o gama de productos) entendiendo así, el control sobre los precios, atributos de los productos y, como ya se ha nombrado anteriormente, la entrada y salida de competidores, es decir, el propio gremio constituía la principal barrera de entrada.

Fue tras la revolución francesa cuando esta situación comercial cambió radicalmente. Con la revolución llegaron nuevas ideologías, entre ellas, el liberalismo. Éste, establecía entre otras cosas, “la igualdad de todos los hombres ante la Ley: cualquier ciudadano puede iniciar una actividad mercantil o industrial, pudiendo, además, fijar libremente las condiciones de su ejercicio” (BROSETA, Manual de Derecho Mercantil, 2018, pp. 159). Por tanto, todos tienen derecho a entrar o salir de un determinado mercado, fijar los precios a sus productos (en función de la relación de oferta y demanda existente en el mercado) y escoger el nivel de calidad de estos, así como sus atributos o características.

Es así como surge la economía de mercado, es decir, un sistema en el cual las decisiones de producción y compra, así como la fijación de precios se toman en el mercado mediante la interacción de oferta y demanda. No obstante, no fue hasta 1891 con la Ley Sherman contra los monopolios o Ley antitrust que se reguló de forma efectiva la defensa de la competencia. Esta regulación nació de forma necesaria debido a que la extrema libertad en el mercado había llevado a algunas empresas o agrupaciones de éstas a acumular un considerable poder económico y haciendo uso de éste, restringían o limitaban el mercado a sus

⁴ En este sentido se manifiesta A. BERCOVITZ; Manual de Derecho Mercantil (2018)

competidores. Es decir, amenazaban el buen funcionamiento del libre mercado aprovechándose de la libertad que éste les otorgaba.

La problemática principal se encuentra en que para que la economía de mercado tenga cabida en un contexto económico/empresarial actual, es necesaria la libre competencia y a su vez para que ésta exista de forma real y efectiva, es necesaria su regulación mediante leyes.

2.3 Regulación de la competencia.

Como se ha nombrado anteriormente, la regulación de la competencia surgió en los Estados Unidos de América a finales del siglo XIX si bien en Europa no se implantaría hasta ya pasada la Segunda Guerra Mundial.

Actualmente la regulación comunitaria relativa a la competencia se encuentra recogida en el Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE en adelante). Mientras que en España el derecho a la libre competencia se encuentra recogido en el artículo 38 de la constitución⁵ y su regulación se fundamenta en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC en adelante)

Es necesario hacer mención a la regulación comunitaria ya que, en primera instancia, serviría de guía al legislador español a la hora de elaborar la ley interna referente a la defensa de la competencia.

La regulación europea es necesaria dado que, si bien los estados miembros tienen sus regulaciones propias para el mercado interno de sus respectivos países, existe también un mercado internacional (europeo), el cual es necesario regular para así evitar conductas contrarias a la libre competencia como podría ser la fijación de precios o el control o limitación de la producción.

Primeramente, para entender la magnitud de la normativa asociada al tratado del que se hablará posteriormente, es necesario aclarar quién o qué puede aducir

⁵ Artículo 38. 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.

dicha normativa dentro de los estados miembro y más concretamente en España. Esto es importante ya que es una de las diferencias que tendrá la LDC con las regulaciones contrarias a la competencia desleal.

A este respecto de quién o qué puede invocar la normativa europea referente a la defensa de la competencia en España, debemos apuntar que existe una autoridad con el objetivo explícito de la defensa de la competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC en adelante)⁶.

Además, de existir conflicto entre la normativa española y la europea, primaría la europea, es decir, los tribunales ordinarios (también capacitados para la invocación de las normas referentes a la defensa de la competencia) deberán aplicar la normativa europea con preferencia respecto de la española.⁷

En cuanto a la ya citada regulación, está vigente desde 1957, cuando en Roma se firmó el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, uno de los tratados fundacionales que conforman actualmente el derecho originario de la Unión Europea.

Dado que los sistemas económicos en la Unión Europea se rigen por el libre mercado y la libre competencia, se hizo necesario crear una regulación que protegiera dichas situaciones económico/empresariales, es por esto por lo que nació el tratado de Roma. En este tratado, entre otras cosas, lo que se buscaba era dar instrumentos a la unión europea de cara a la defensa de la competencia, es decir, instrumentos para preservar el estado real de la libre competencia y

⁶LEY 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Artículo 12. La Comisión Nacional de la Competencia. 1. Se crea la Comisión Nacional de la Competencia como organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como de velar por la aplicación coherente de la presente Ley mediante el ejercicio de las funciones que se le atribuyen en la misma. 2. De acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley y en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las BOE núm. 159 miércoles 4 julio 2007 28855 Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, la Comisión Nacional de la Competencia ejercerá sus funciones en el ámbito de todo el territorio español. Igualmente, ejercerá sus funciones en relación con todos los mercados o sectores productivos de la economía. 3. La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

⁷ En este sentido se manifiesta Comprender las Políticas de la Unión Europea, Competencia (2014) y A. BERCOVITZ (2018); Apuntes de Derecho Mercantil, pp 326 – 327

para promover la actividad económica dentro de los estados miembros, ya que si se consigue alcanzar una situación cuasi – perfecta (aunque se pretenda, una situación perfecta no es alcanzable) de libre mercado y libre competencia, la actividad empresarial será, presumiblemente, mayor, dada la seguridad y las garantías jurídicas. En este sentido, podemos ver cómo, si bien sí hay prácticas prohibidas (así lo detalla el artículo 101.1 del TFUE)⁸ por considerarse contrarias al interés general del mercado, el artículo 101.3 establece que el apartado primero de dicho artículo no será aplicable si los acuerdos susceptibles de ser prohibidos o anulados jurídicamente mejoran el funcionamiento del mercado⁹

El TFUE tenía como objetivo crear una regulación que afectara por igual a todos los estados miembros ya que es necesario dar herramientas comunes que puedan ser aplicadas en todo el territorio de la Unión Europea. A este respecto podemos ver que lo que se desprende del artículo 101.1 de la propia ley, el cual establece que habrá acuerdos y prácticas incompatibles con el reglamento vigente siempre que éstas tengan como objeto impedir u obstaculizar la competencia interior, es decir, entre estados miembros¹⁰.

⁸ TRATADO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA UNION EUROPEA Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE) 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación,

⁹ TRATADO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA UNION EUROPEA 101.3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: — cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, — cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, C 83/88 Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010 ES — cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

¹⁰ TRATADO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA UNION EUROPEA Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE) 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar

Las prácticas consideradas prohibidas por el TFUE, tales como fijación de precios, limitar la producción o repartirse los mercados o fuentes de abastecimiento, están también prohibidas por la legislación española. Esto no es de extrañar ya que, como se ha dicho anteriormente, la legislación nacional se fue modificando poco a poco para encaminarse en la misma dirección que la europea.

Mediante la regulación anteriormente descrita lo que se persigue, además de permitir una mayor y más diversa oferta en el mercado, entre otras cosas (como así lo apunta la propia Unión Europea), es¹¹:

- Mejora de la calidad: ya que, si un mercado es abierto con entrada y salida continua de competidores y abundancia de estos, las empresas buscarán mejorar sus procesos y productos finales para ser más eficientes y eficaces respectivamente, y así proporcionar al consumidor final un mejor producto.
- Innovación: en la misma línea que el punto anterior, se buscará innovar de forma continuista o bien disruptiva para proporcionar productos diferenciados de los de los competidores.
- Bajada de precios: si desarrollamos procesos más eficientes (de forma casi obligada por la pujante competencia en el sector) esto nos dará la posibilidad de bajar precios al haber reducido costes. Un beneficio, en última instancia, para el consumidor final.

3. REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En cuanto a la regulación de la defensa de la competencia por parte del derecho español, es necesario apuntar que, si bien existe una regulación específica sobre esto (la cual se explicará a continuación), también está recogido en la Constitución Española el derecho a la libre competencia según el artículo 38 de libertad de empresa y economía de mercado, el cual establece que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes

a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos

¹¹ Comprender las políticas de la Unión Europea, Competencia

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.” Esto es así ya que si se reconoce la libertad del individuo (como es recogida en la constitución)¹², esto conlleva también su libertad de empresa, es decir, de acceder y actuar en un cierto mercado para realizar una determinada actividad económico/empresarial. Dada esta situación se hace necesario tanto el reconocimiento por parte de la constitución de esta libertad de competencia como de una regulación específica para preservar el correcto funcionamiento de las empresas en el mercado.

Son importantes también, como apunta A. Bercovitz¹³, atender a dos artículos más de la Constitución. Tanto al 149 como al 128 ya que estos determinan respectivamente, que la defensa de la competencia es labor exclusiva de los poderes centrales del estado y así se expresa también en los estatutos de autonomía¹⁴ y que la intervención del estado en la economía si bien sí está contemplada, solo está permitida de forma excepcional, de otra manera podría repercutir gravemente en los sistemas económicos y en los mercados¹⁵.

Una vez reconocido constitucionalmente el derecho a la libre competencia, cabría esperar el respeto de éste, pero no siempre es así. Se dan casos de vulneración de este derecho, es por esto por lo que se creó la ley 16/1989 de 17 julio de Defensa de la Competencia. Como apunta la propia ley actual (posterior modificación de la ley de 1989), “resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales,

¹² Constitución Española Artículo 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

¹³ En este sentido se refiere A. Bercovitz Rodríguez – Cano, Apuntes de Derecho Mercantil (2018)

¹⁴ Constitución Española, Artículo 149.1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1º La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

¹⁵ Constitución Española, Artículo 128. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos de mercado”.

Si bien la ley actual de defensa de la competencia no es la misma que la originaria de 1989, es una modificación de ésta. Las últimas modificaciones que ha sufrido la ley han sido llevadas a cabo con el objetivo de alinearla con la ley ya existente de defensa de la competencia europea recogida en el TFUE (Roma 1957), hasta llegar a la ley actual, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Es necesario apuntar los casos en los cuales la LDC considera que se podría estar vulnerando el correcto funcionamiento del mercado. Para ello habría que considerar posibles situaciones tales como:

- Acuerdos entre empresas o acciones dirigidas explícitamente a eliminar o dificultar la actividad en el mercado a la competencia, las llamadas prácticas colusorias, recogidas en el artículo primero de la LDC. En este sentido podríamos hablar de distintas prácticas como son: “la fijación de precios, el reparto del mercado, la limitación o control de la producción, la aplicación de condiciones desiguales para situaciones equivalentes o la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”¹⁶.
- Abuso de posición dominante: estas situaciones se dan cuando existe una o varias empresas con un poder de afección en los mercados considerablemente mayor que sus competidores y utiliza este poder. Es decir, no está prohibida la existencia de empresas o compañías mayores, con más cuota de mercado o poder, lo que está prohibido es que aprovechándose de esta posición privilegiada intenten echar o poner obstáculos a sus competidores. En este sentido lo detalla el artículo 2º de la LDC¹⁷.

¹⁶ A estos efectos el artículo 1 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*

¹⁷ Ley de Competencia Desleal, Artículo 2. *Abuso de posición dominante*. 1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

El artículo 2.2 de la LDC enumera los casos que son susceptibles de ser considerados contrarios a ley por ser abusos de posición dominante, y dentro de estos supuestos, es interesante resaltar (ya que la venta a pérdida, entre otras cosas, es una imposición indirecta de precios) que ya está prohibida por esta ley “la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.”

- Falseamiento de la competencia: es interesante también apuntar que la LDC en su artículo tercero¹⁸ incluye como prohibidos los actos de competencia desleal por falseamiento de la libre competencia. Esto nos será de relevancia para el análisis de la regulación del objeto de este trabajo, la venta a pérdida.

3.1 Ayudas públicas

Las ayudas públicas son acciones por parte del estado¹⁹ encaminadas a beneficiar a determinados agentes económicos. Éstas no tienen que ser necesariamente dotaciones económicas (como serían las subvenciones), sino que se trata de un concepto más amplio, pueden ser también, por ejemplo, beneficios fiscales o cesión de infraestructuras. En este sentido podemos observar cómo el TFUE en su artículo 107 establece que: “salvo que los tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”, es decir, se considerarían prohibidas por distorsionar el buen funcionamiento de

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

¹⁸ Artículo 3. *Falseamiento de la libre competencia por actos desleales*. La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

¹⁹ Entendiendo por “estado” todo aquel ente público de mayor o menor tamaño desde la administración general del estado al más pequeño ayuntamiento.

la economía y por dar tratos de favor de forma discrecional que desequilibrarían el mercado.

En lo anteriormente expuesto podemos observar dos puntos clave. En primer lugar, no todas las ayudas públicas están prohibidas, sólo aquellas que pudieran afectar el correcto funcionamiento del mercado, en otras palabras, beneficiar de forma arbitraria a una o varias empresas mediante la intervención del estado puede perjudicar a sus competidores y en última estancia al consumidor y, por tanto, el mercado dejaría funcionar de forma eficaz. Y, en segundo lugar, podemos apreciar cómo no es necesario que ciertamente las acciones falseen el mercado para ser consideradas potencialmente susceptibles de prohibición, sino que basta con que amenacen con falsear la libre competencia.

Es importante destacar que, como se ha dicho con anterioridad, no todas las ayudas públicas se consideran una amenaza para el correcto funcionamiento de la competencia. Existen determinadas excepciones tales como aquellas ayudas destinadas a ayudar regiones económicamente deprimidas, a reparar perjuicios causados por desastres naturales o ayudas de carácter social, en este sentido podemos ver lo que se desprende del artículo 107.2 del TFUE.

En relación con la legislación española, como bien apunta el apartado tercero del art. 11 de la LDC, las ayudas públicas realizadas en España deberán ser notificadas tanto a la Comisión Europea como a la Comisión Nacional de la Competencia. Y dichas ayudas deberán ser las contempladas dentro del marco europeo.

Por otro lado, será tarea de la Comisión Nacional de la Competencia el análisis de los criterios de concesión de las ayudas públicas teniendo en cuenta los posibles perjuicios que podrían acarrear a la totalidad del mercado²⁰.

²⁰Ley de Defensa de la Competencia, art. 11 1. La Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de las Administraciones Públicas, podrá analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados [...]

4. LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

Habiendo visto previamente la defensa de la competencia podría entenderse que con ella basta para garantizar el buen funcionamiento del mercado. No obstante, si bien la LDC garantiza el libre acceso al mercado de todo aquel que quiera ser participe activo de éste, no protege ni a los competidores ni a los consumidores de posibles abusos de otros competidores. Es por esto por lo que es necesaria otra regulación.

Pero, antes de hablar de la ley que regula la competencia desleal en España es necesario hablar de otras normativas que, con anterioridad a la actual regulación, desempeñaban de alguna manera el papel regulador de dicha competencia desleal. En este sentido:

4.1 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

Dado que durante años la competencia desleal estuvo de alguna manera regulada por la ley general de publicidad (LGP en adelante), se hace necesario un breve análisis de dicha ley.

Como ya ha sido nombrado, esta ley nace en 1988, si bien ya existía una ley precedente que regulaba la publicidad (ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad), no sería hasta 1988 hasta que esta ley se adecue al sentido de la comunidad económica europea, es decir, con la entrada de España en dicha comunidad, se hizo necesario alinear la ley de publicidad a las directrices europeas, es por esto por lo que surge la ley de 1988 general de publicidad.

Para entender lo que esta ley regulaba, primeramente, es necesario saber qué considera como “publicidad”. A este respecto la propia ley nos dice que la publicidad es una comunicación de un ente o bien privado o público con el objetivo de vender sus productos o servicios.²¹

También la ley nos indica qué acciones son susceptibles de ser consideradas ilícitas, en este sentido existen varias situaciones las cuales pueden ser

²¹Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Artículo 2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por: Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.
Destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.

consideradas contrarias a la ley, tales como: no cumplir los requisitos establecidos en la misma ley, ser contrarios a lo establecido en la Ley de Competencia Desleal (LCD en adelante) o bien por mostrar una imagen discriminatoria y/o vejatoria de la mujer.²²

Es importante resaltar la cooperación de la LGP con la LCD (que puede ser observada en el párrafo precedente) pues si bien cuando ésta última surgió en 1991, no quedaba claro si lo que establecía derogaba tácitamente a la LGP o no puesto que las dos coexistían. Dicho problema no se resolvería hasta la modificación de la LCD de 2009 puesto que, además de incorporar la Directiva 2005/29/CE relativa a la competencia desleal en relación con los consumidores²³, también se atendió a la Directiva 2006/114/CE relativa a la publicidad engañosa y publicidad corporativa.²⁴ De esta manera la modificación de la LCD de 2009 subsanó los posibles conflictos que pudieran existir entre dicha ley y la LGP.

²² Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Artículo 6. *Acciones frente a la publicidad ilícita.*

1. Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Si el contenido de la publicidad incumple los requisitos legalmente exigidos en esta o cualquier otra norma específica o sectorial, a la acción de cesación prevista en esta Ley podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera

2. Adicionalmente, frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, están legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª de la Ley de Competencia Desleal:

- a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.
- b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.
- c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- d) El Ministerio Fiscal.

²³ DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»)

²⁴ DIRECTIVA 2006/114/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa

4.2 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

Para entender el nacimiento de una ley que repunte desleal ciertas prácticas empresariales debemos remontarnos, al igual que con la LDC, a la Revolución Francesa. Pues, si tras esta revolución imperaba el concepto de la libertad en todos sus ámbitos, también en los mercados. Esto quiere decir que todo ciudadano tiene desde entonces derecho a concurrir libremente en el mercado que él escoja. Tanta es esta libertad que ciertos competidores pueden caer en la tentación de, haciendo uso de la libertad que les es conferida, obstaculizar o perjudicar al competidor para su propio beneficio.

Por todo lo apuntado anteriormente, fue necesario crear leyes que defendieran a los competidores ante prácticas poco respetuosas.

Sería interesante apuntar que, a diferencia de cómo está hoy en día establecido (que también protegen al consumidor), estas primeras leyes protectoras del correcto funcionamiento del mercado defendían sólo a los empresarios ante prácticas de sus competidores. Como veremos más adelante esto ha cambiado sustancialmente tras varias reformas y gracias a la incidencia de la Unión Europea en el derecho de los estados miembro.

No será hasta la segunda mitad del siglo XX, así lo apunta A. Bercovitz, que no habrá un cambio significativo en este ámbito de la ley. Pues es tras la Segunda Guerra Mundial cuando llega a Europa el derecho americano antitrust. Es con esta ley con la que cambia el estado del empresario. Es decir, ya no tiene derecho a competir sino obligación de hacerlo²⁵. En otras palabras, con anterioridad a la ley antitrust el empresario tenía libertad de libre concurrencia en el mercado, pero tras este derecho americano, aparte de, por supuesto, tener el derecho de formar parte de la oferta de un mercado, tienen también la obligación de competir de forma lícita con sus competidores. Entendiendo así por lícita la no obstaculización o restricción directa o indirecta de la actividad empresarial de sus competidores.

²⁵ A. Bercovitz Rodríguez – Cano: apuntes de derecho mercantil pp 392- 394

La Ley Competencia Desleal surge en 1991 (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal) con el objetivo de suplir un vacío legal que, si bien en otras ocasiones había sido salvado (parcialmente) por otras leyes como la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad), éstas se iban quedando obsoletas o inoperantes en los nuevos y cada vez más cambiantes escenarios de los mercados. Circunstancias que cambian con más frecuencia y más rápidamente con el paso de los años por factores condicionantes como pueden ser la globalización o la implementación de las tecnologías que daban lugar a innovaciones y técnicas disruptivas que no estaban contempladas en la legislación existente, por esto es necesario crear una renovada protección del competidor.

Como se ha nombrado en apartados anteriores, la Constitución Española reconoce en su artículo 38 la libertad de empresa²⁶. Es por esto por lo que es necesario protegerla. De este modo la LCD dota a la justicia de instrumentos para dicha protección.

Otra de las razones por las que fue necesaria la creación de dicha Ley es la incorporación del estado español en la Comunidad Económica Europea (1 de enero de 1986). Por la entrada en esta organización internacional se hacía necesario alinear la legislación del estado miembro, en este caso España, con la de la comunidad para así hacer frente a posibles situaciones potencialmente contrarias al mercado de un modo similar.

Es importante señalar que esta ley, a diferencia de la LDC, pertenece al derecho privado, no existe ningún ente público específico para la aplicación de la regulación como sí lo había en el caso de la defensa de la competencia, (el CNMC) es decir, cualquier persona física o jurídica puede invocarla ante los tribunales para denunciar prácticas no deseables.²⁷

²⁶ Constitución Española, artículo 38. 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

²⁷ Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª

Pero para entender cómo funciona la LCD antes hay que saber qué considera el legislador como “competencia desleal”. Respecto a esto, la propia ley nos indica que: “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.”

Inicialmente la ley exigía que para que una situación fuera considerada desleal era necesaria la acción de un agente en el mercado que obstaculizara el funcionamiento o la actividad de su competidor. Este aspecto sería reemplazado por otro más amplio en 2009 tras la modificación que sufrió la ley.

4.2.1 Modificación de la LCD²⁸

Esta modificación se lleva a cabo en 2009 con el objetivo de integrar dos directivas europeas al ordenamiento español. La figura jurídica que ahora nos concierne es la Directiva 2005/29/CE²⁹ que introduce matices interesantes a la ley de 1991 en el caso español y a las regulaciones pertenecientes a cada uno de los estados miembro, así se intentó homogeneizar las distintas regulaciones referentes a la competencia desleal para garantizar la protección de los consumidores en el mercado interno, como así lo determina el artículo primero de la Directiva 2005/29/CE³⁰

Cabe la necesidad de apuntar la naturaleza de la medida, al ser una directiva, es decir, una obligación de resultado, los estados miembros tienen la potestad de elegir los medios y forma de aplicación. Esto es relevante ya que como bien establece la propia ley, ésta dejará un margen a los estados para que puedan aplicar de una u otra forma la directiva, teniendo en cuenta las tradiciones, culturas e idiosincrasia de los distintos estados miembro.³¹

²⁸ 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.

²⁹ DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»)

³⁰ Directiva 2005/29/CE art 1º. 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.

³¹ Así lo explicitan los apartados 3 y 6 del preámbulo de la propia DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y

Dicha directiva se hizo necesaria ya que la propia comunidad europea reconoce el deber de ésta de protección de los consumidores, por tanto, era de obligación crear instrumentos para garantizar dicha protección en el mercado interior.

Como ya ha sido comentado con anterioridad, la defensa el consumidor no sólo busca la defensa y justicia para con éste, sino que también busca el buen funcionamiento del mercado puesto que, si se agrede al consumidor limitando su capacidad de elección, es decir, distorsionando dicha elección mediante practicas engañosas o agresivas, indirectamente se agrede también a los competidores y esto, en su conjunto, obstaculiza el buen funcionamiento del mercado. En resumen, dicha medida de inclusión de la protección de los consumidores defiende también de forma indirecta tanto a los competidores lícitos como al propio mercado. Por tanto, hay que resaltar que lo que busca esta directiva es asegurar el buen funcionamiento del mercado interior y poner el foco en los consumidores como el agente al que hay que proteger y así proteger también al competidor que respeta la ley y al mercado en sí mismo.³²

Ahora la atención recae en qué considera la directiva europea como desleal, para resolver este dilema establece dos requisitos que han de cumplir las prácticas para ser consideradas ilícitas. El primero de éstos es la acción de un competidor de forma contraria a la diligencia profesional mientras que el segundo se centra en el consumidor, estableciendo así que se reputará desleal toda práctica que pueda distorsionar el comportamiento del consumidor³³.

2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

³² Preámbulo de la Directiva 2005/29/CE apartado (1): El artículo 153, apartado 1, y apartado 3, letra a), del Tratado establecen que la Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante las medidas que adopte en virtud del artículo 95 del mismo Tratado. Y apartado (2) Según el artículo 14, apartado 2, del Tratado, el mercado interior comprende un espacio sin fronteras interiores en el que están garantizadas la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento. El desarrollo de prácticas comerciales leales dentro del espacio sin fronteras interiores es vital para promover la expansión de las actividades transfronterizas.

³³ 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 *Artículo 5* Prohibición de las prácticas comerciales desleales 1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales. 2. Una práctica comercial será desleal si: a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico

Bajo las premisas expuestas, la directiva redacta una serie de prácticas consideradas ilícitas englobadas en dos categorías principales³⁴. En concreto, actividades susceptibles de ser engañosas en los términos que establecen los artículos 6 y 7 o que puedan ser agresivas, como así los detallan los artículos 8 y 9³⁵.

Una vez incorporada la directiva al derecho español, si bien la nueva ley mantiene gran parte del contenido de la LCD de 1991, incorpora matices interesantes como por ejemplo la no relevancia de intencionalidad, es decir, ya no es necesario que un agente pretenda obstaculizar la actividad de un competidor. Como así lo apunta M. Broseta Pont, “no se requiere que haya existido intención, por parte de quien comete el acto desleal, de dañar a otro, ni siquiera consciencia de atentar contra la buena fe, ni de estar siendo desleal con su conducta, para que el acto cometido por aquél sea calificado de desleal”. (Manuel Broseta Pont, Manual de Derecho Mercantil, 2012, pp 191).

Otra de las incorporaciones importantes a la ley española es la división de ésta en función de prácticas que se consideran desleales contra otros competidores (y en algunos casos concretos podrían considerarse también contra consumidores) y prácticas desleales contra consumidores. De este modo la ley queda fragmentada, es decir, existe una diferencia en el tratamiento dependiendo de si la acción potencialmente desleal está dirigida al consumidor o a los competidores. Y deja clara la importancia que ha tomado la defensa de los consumidores como pilar fundamental de la regulación contra la competencia desleal.

del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

³⁴ Si bien las características de las acciones consideradas desleales se concretan en artículos de la directiva, las prácticas desleales per se, se enumeran en el anexo de dicha directiva. Por no ser el análisis de éstas el objeto del TFG se obvia la introducción de las mismas en el trabajo.

³⁵ 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 *Artículo 5 .4*: En particular, serán desleales las prácticas comerciales que: a) sean engañosas según lo establecido en los artículos 6 y 7, o b) sean agresivas según lo establecido en los artículos 8 y 9.

4.2.2 Prácticas consideradas desleales en la Ley de Competencia Desleal.

- Actos de engaño, así lo determina el artículo quinto de la LCD: “se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”. Aquí podemos observar cómo aun siendo un artículo de los denominados de defensa del competidor, también tiene en cuenta posibles acciones contrarias al consumidor final.
- Prácticas agresivas, regulado por el artículo octavo de la LCD: “se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación con el bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. A estos efectos, se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso.” Aquí se puede apreciar cómo la LCD también, de alguna manera, penaliza el abuso de posición dominante, al igual que lo hace la LDC. Y vemos también cómo protegiendo al consumidor, indirectamente se protege al competidor lícito.
- Venta a pérdida: esta es una de las medidas englobadas dentro de la categoría que, en principio están llamadas a defender al competidor, pero que también, en determinados casos, defienden al consumidor. Atendiendo a los casos en que puede ser una práctica considerada desleal por fijación de precios, podemos apreciar la vulnerabilidad tanto de los competidores como de los consumidores. Así lo detalla el artículo 17 de la LCD, como veremos más adelante.
- Publicidad ilícita: vemos cómo tras la modificación del 2009 tanto la LCD como la LGP se coordinan, en este sentido, el artículo 18 de la LCD: “la

publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad se reputará desleal.”

- Violación de secretos: regulado por el artículo 13 de la LCD. Merece especial mención dada la reciente modificación (modificación llevada a cabo mediante la Ley de Secretos Empresariales), ya en vigor desde el 13/03/2019 la cual establece los supuestos contrarios a la ley bajo el criterio que establece la Ley de Secretos Comerciales.

En cuanto a las prácticas consideradas desleales contra los consumidores o usuarios, en general la ley se centra o bien en las distintas formas engañosas de realizar la actividad empresarial para, de esta forma, conseguir vender sus productos o falsear la competencia, o bien en prácticas agresivas contra los consumidores para conseguir sus objetivos por medio de la fuerza ya sea publicitaria o, incluso, física en algunos casos.

5. VENTA A PÉRDIDA

Antes de abordar un tema tan amplio como la venta a pérdida y su problemática en las diferentes regulaciones dentro del derecho español, debemos, en primer lugar, concretar qué es la venta a pérdida. A estos efectos es necesario resaltar que, si bien no hay una definición clara en la legislación española, sí se podría decir que, en términos generales, es la venta de productos a un precio inferior del que fueron adquiridos, ya sea por medio de su producción o de su previa compra.

En principio, cabe esperar que dicha situación no llegara a darse en ninguna circunstancia ya que el objetivo de los empresarios en un mercado es lucrarse de su actividad comercial, por tanto, no parece demasiado acertado la venta de productos generando pérdidas. No obstante, dada la libertad del empresario de concurrir como tenga a bien y de la libertad que el derecho le concede en cuanto a libertad de fijación de precios (como así lo recalca el propio artículo regulador de la venta a pérdida)³⁶, éste puede, generalmente, vender con pérdidas. Este apunte es interesante ya que, previamente a la LCD de 1991, la venta a pérdida estaba prohibida. Esto fue modificado en 1991, lo cual era necesario ya que

³⁶Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Artículo 17.1 *Venta a pérdida*; Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.

existen situaciones de venta a pérdida que no buscan la obstaculización del mercado ni el engaño o perjuicio de consumidores y competidores, respectivamente, sino que son situaciones de necesidad urgente, tales como la necesidad de flujo de caja o bien la necesidad de dar salida a productos potencialmente caducos que, de otra manera, pondrían en riesgo la continuidad de la empresa³⁷.

Sería interesante detenerse en el hecho de que la bajada de precios conlleva una mayor venta de productos. Si bien este hecho no se da en la totalidad de los escenarios, dependiendo de qué productos sean los afectados por la rebaja de precios o, incluso del momento en que se encuentre la economía, sí representaría una buena estrategia de ventas en determinados casos; dado que existen productos con una elasticidad precio de demanda alta (esto quiere decir que la variación en la demanda de dichos productos por parte de los consumidores es altamente sensible a la variación de los precios en los mismos), y por tanto, una bajada notable de los precios (*ceteris paribus*) podría conllevar a un incremento considerable de las ventas³⁸.

En resumen, la venta a pérdida se puede dar, dada la libertad de los empresarios ante la fijación de precios, pero como veremos más adelante, esta libertad no es total, está regulada para evitar posibles situaciones contrarias al mercado en su conjunto (consumidores, competidores y el buen funcionamiento del mercado en sí mismo).

Las leyes que regulan esta “libertad” en España son dos: la ya referida Ley de Competencia desleal (LCD) y la Ley de Ordenamiento del Comercio Minorista³⁹ (LOCM en adelante). Esta regulación es necesaria o bien porque existen tipos de productos que necesitan ser protegidos por su naturaleza (bienes de primera

³⁷ En este sentido se manifiesta A. Bercovitz, Apuntes de Derecho Mercantil; venta a pérdida; Pp 430. M. Broseta Pont, Manual de Derecho Mercantil; supuestos especiales de actos de competencia desleal; actos competencia desleal. 13) venta a pérdida. Pp 199 y E. González Pons, La venta a pérdida en la ley de ordenación del comercio Minorista (Interpretación de la Directiva 2005/29/CE de las Prácticas Comerciales Desleales por el TJUE); pp 172

³⁸ En este sentido se manifiesta Ignacio Cruz Roche en” La venta a pérdida: estrategia empresarial y reflexiones sobre su regulación”

³⁹ Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista

necesidad) o bien por proteger el buen funcionamiento del mercado, evitando así abusos y prácticas engañosas.

5.1 Regulación referente a la Venta a Pérdida

Como se ha apuntado con anterioridad, las leyes que regulan la venta a pérdida son dos. Cabría esperar que, siendo dos leyes con un mismo objeto, éste estuviera bien protegido y dichas leyes se complementaran mutuamente. No obstante, estas leyes, como veremos a continuación, son contrarias y crean a menudo confusión.

La Ley de Competencia Desleal tiene un planteamiento ciertamente liberal en lo que respecta a la gestión del *dumping* ya que, con carácter general permite la venta a pérdida, basándose en la libre fijación de precios existente en la propia ley. No así la LOCM, que sólo permite la venta a pérdida bajo escasas circunstancias. Es decir, y como hemos planteado anteriormente, tienen enfoques totalmente opuestos a la regulación de esta práctica. Mientras una ley prohíbe la venta a pérdida en determinadas situaciones, la otra es, bajo determinadas condiciones, en las que la permite, como veremos a continuación.

La laxitud ante la venta a pérdida que plantea la LCD responde a la libertad que la propia ley confiere al empresario respecto a la fijación de precios, en este sentido el apartado primero del artículo 17 de la LCD: "salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre". No así la LOCM, la cual, si bien sí respeta la libre fijación de precios⁴⁰, en la práctica no es tan permisiva como podría esperarse.

Por otra parte, el carácter más restrictivo de la LOCM se entiende dada su propia razón de ser, pues esta ley nace con el objetivo de proteger el mercado y, en concreto, el interés particular, es decir, al consumidor. Surge en 1996 (posterior a la LCD 1991) para modernizar la legislación que, en aquel momento, no protegía al consumidor, por tanto, esta ley puede ser entendida como una modernización complementaria de la LCD, la cual tiene en cuenta los cambios en la sociedad y las metodologías empresariales; en este sentido, lo que

⁴⁰ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Artículo 13. Libertad de precios. 1. Los precios de venta de los artículos serán libremente determinados y ofertados con carácter general de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de defensa de la libre y leal competencia, con las excepciones establecidas en leyes especiales.

buscaba en origen la LOCM era proteger a todos los agentes en el mercado, tanto competidores con una alta cuota de mercado como los que tenían una menor, para así, por ejemplo, evitar abusos de empresas con posiciones en el mercado privilegiadas. Así, si protegía la competitividad, indirectamente protegía a los consumidores.

No obstante, y tras la modificación de 2009 de la LCD donde incorpora la Directiva 205/29/CE (encaminada a la protección de los consumidores) la LOCM pasa a ser contraria a dicha directiva, pues, si bien la directiva no incorpora la venta a pérdida *per se*, sí que detalla ciertas prácticas que se reputarán desleales y, las cuales podrían, en ciertos casos (detallados en el anexo de la directiva)⁴¹, corresponder con ventas a pérdida. Además, la directiva establece en su artículo cuarto que las legislaciones de los estados miembro no podrán ser más restrictivas que la propia directiva. Por tanto, de darse un conflicto entre la LCD y la LOCM, primaría la LCD dado que incorpora una directiva europea y ésta tiene primacía en el derecho de los países miembros⁴².

En cualquier caso, ambas leyes respetan la libertad de fijación de precios, pero acotan esta libertad en mayor o menor medida, en otras palabras, la limitan en función de si perjudica el buen funcionamiento del mercado, a los competidores y/o a los consumidores, pero lo hacen con criterios distintos.

Es importante destacar, a priori, la libertad de fijación de precios de ambas leyes; si lo que se pretende conseguir es un mercado competitivo y eficiente, es necesario que se dé esa libertad al empresario para fijar los precios que crea conveniente. No obstante, aunque la fijación de precios es positiva para la competitividad, el buen funcionamiento del mercado, su eficiencia, y con ésta, el beneficio de los consumidores, hay situaciones en las que hay que regular la ya nombrada fijación de precios ya que podrían darse situaciones poco honradas

⁴¹ 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, anexo I, prácticas comerciales engañosas, apartados 1 a 9.

⁴² En este sentido se manifiesta E, González Pons, La venta a Pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. (Interpretación de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales por el TJUE)

tanto con los competidores como con los consumidores. Es por esto por lo que surgen las regulaciones por la venta a pérdida.

Como ya se ha apuntado previamente en este trabajo, la LCD, con carácter general, da libertad ante la fijación de precios y, para la designación de si una práctica es desleal o no, establece dos requisitos. El primero de éstos es que verdaderamente se ocasione una venta con pérdidas, es decir, que se venda por debajo del coste que tuvo para ese comerciante, ya sea de la adquisición del producto o de la producción del mismo. El otro requisito sería que cumpla una de las situaciones integradas en la propia ley, tales como la inducción a error de los consumidores, el desprestigio de una marca o establecimiento, o bien la eliminación de competidores⁴³.

Respecto a lo anteriormente expuesto, la LOCM, si bien también permite la libre fijación de precios, como así lo determina su artículo 13: “los precios de venta de los artículos serán libremente determinados y ofertados con carácter general de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de defensa de la libre y leal competencia [...]”, dado su carácter considerablemente más restrictivo que la LCD, también condena los escenarios expuestos por la LCD, como así lo concreta el apartado primero del artículo 14.⁴⁴

Por tanto, las 3 situaciones que serán objeto de análisis son las detalladas por el apartado segundo del artículo 17 de la LCD.

⁴³ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Artículo 17.2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos: a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos. c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

⁴⁴Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Artículo 14. Venta con pérdida. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, no se podrán realizar ventas al público con pérdida si éstas se reputan desleales. Las ventas con pérdida se reputarán desleales en los siguientes casos: a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento. b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno. c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado. d) Cuando forme parte de una práctica comercial que contenga información falsa sobre el precio o su modo de fijación, o sobre la existencia de una ventaja específica con respecto al mismo, que induzca o pueda inducir a error al consumidor medio y le haya hecho tomar la decisión de realizar una compra que, de otro modo, no hubiera realizado.

5.1.1 Casos considerados desleales de venta a pérdida por la LCD

- Inducción a error en los consumidores

La práctica que se utiliza en estos casos es conocida como técnica señuelo o de atracción. Consiste en vender a un precio considerablemente bajo un producto (es decir, vender a pérdida dicho producto) para así atraer consumidores suscitando la idea de que el precio de todos los productos será notablemente bajo, en otras palabras, las empresas que realizan este tipo de prácticas utilizan un producto concreto como reclamo para atraer más clientela.

Son importantes dos aspectos fundamentales. El primero de ellos es que, para ser considerada desleal, debe darse la cierta venta a pérdida del producto y además inducir a error en los consumidores no sólo sobre el producto en cuestión, sino también sobre el resto de los productos. Y, el segundo de los aspectos versa sobre la intencionalidad, es decir, la práctica será considerada desleal sin necesidad de conseguir el resultado buscado, en otras palabras, no es necesario para ser considerado desleal, engañar a los consumidores, basta con la posibilidad de que esto pudiera suceder⁴⁵.

Como ya hemos visto en apartados anteriores, las prácticas que inducen a engaño, son consideradas desleales, por tanto, estas prácticas además de estar castigadas por el artículo 17 de la LCD y el 14 de la LOCM, podrían también estarlo por artículos como el 5 de la LCD “se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”.

- Descrédito de un producto o establecimiento

Si la práctica anteriormente descrita, atentaba contra el entendimiento de los consumidores, ésta ataca a los competidores de forma directa. Esta práctica estriba en el menoscabo de un producto de marca mediante la venta de éste a muy bajo precio, incurriendo así en ventas a pérdida, haciendo pensar así

⁴⁵ En este sentido se manifiesta A. Bercovitz, COMENTARIOS A LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL; 2.1 inducción a error a los consumidores, PP 483 y Alberto Arribas, Venta a Pérdida y Venta Piramidal; inducción a error de los consumidores, pp 1632

a los consumidores que la bajada del precio responde a una rebaja también de sus prestaciones.

La otra modalidad de desprestigio es el descrédito de un establecimiento por medio de la venta de un producto a precio más bajo, producto el cual también es vendido por el establecimiento objeto de desprestigio. Esto es así dado que los consumidores podrían llegar a la conclusión de que en este establecimiento nos venden un producto más caro pudiendo hacerlo a un precio más barato. Es importante destacar que, para desprestigiar un establecimiento, es necesario que se vendan a pérdida varios productos y que lo haga una empresa que ostente una posición privilegiada en el mercado para así poder afectarlo, es decir, tener una cuota de mercado alta.

Esta práctica debe ser realizada (en ambos casos) durante un periodo de tiempo considerable si se quiere conseguir el resultado esperado, para así evitar el posible entendimiento por parte de los consumidores de que se trata de algún tipo de promoción. Además, a diferencia de la práctica anterior, en esta sí se exige la consecución de sus objetivos para ser considerada desleal, es decir, desprestigiar o bien un producto o bien un establecimiento⁴⁶.

- Eliminación de competidores

La venta a pérdida también se considera ilícita ante supuestos casos de establecer precios predatorios, es decir, precios encaminados a eliminar al competidor. Estas prácticas buscan principalmente expulsar del mercado a los competidores por medio de los precios, en otras palabras, una empresa vende a pérdida un determinado producto de tal manera que sus competidores no puedan hacer frente a estos precios y tengan que abandonar el mercado. Una vez abandonado el mercado y, obteniendo así una posición monopolística o cuasi - monopolística, dicha empresa podría imponer el precio que quisiera a sus productos.

En cuanto a esta práctica existen tres aspectos fundamentales que necesitan ser analizados. En primer lugar, esta práctica debe ser realizada durante un periodo de tiempo amplio, dado que el objetivo es eliminar a los competidores, las practicas predatorias deben prolongarse hasta que los competidores no puedan hacer frente a más pérdidas y abandonen el mercado en cuestión.

⁴⁶ En este sentido se manifiesta A. Bercovitz. Comentarios a la Ley de Competencia Desleal; 2.2 descrédito a la imagen de un producto o un establecimiento ajenos, pp 487

En segundo lugar, como apunta A. Bercovitz, no es necesaria la consecución de sus objetivos para poder ser considerada desleal, basta con poder demostrar la finalidad de la práctica, aunque no llegara a conseguir el resultado perseguido ⁴⁷. Por último, basta con que la práctica se haga contra un solo competidor para que sea ilícita, es decir, no tiene que “atacar” a todos los competidores para ser considerada desleal.

Relativo a las tres modalidades de venta a pérdida castigadas por la LCD, hay que apuntar que, si además de realizar dichas prácticas, para ello hubieran utilizado (en caso de tenerla) su posición privilegiada en el mercado podría ser castigada también por el abuso de posición dominante, como así lo determina el artículo segundo de la Ley de Defensa de la Competencia.

6. PRÁCTICAS JURISPRUDENCIALES REFERENTES A LA VENTA A PÉRDIDA

- Como ya se ha podido vislumbrar en el apartado anterior, la demostración de la existencia de una práctica ilícita mediante la venta a pérdida no es tarea fácil. Esta problemática se da, en algunos casos, dado que, si bien la demostración del hecho de vender a un precio inferior del de adquisición o producción es relativamente fácil de constatar, hay que demostrar también que dicha práctica se corresponde con uno o varios de los casos considerados desleales por la LCD. A estos efectos, podemos observar cómo en la sentencia de la audiencia provincial de León (sección 1), de 19 de mayo de 2014, en relación con la venta de un producto (bloque cerámico de arcilla) por parte de Ceranor, considerado por Tavicesa, con venta a pérdida, es decir a un precio por debajo del de producción. En este caso se trataba de reputar desleal las prácticas llevadas a cabo por Ceranor, acusándola de competencia desleal, más concretamente, de venta a pérdida, apoyándose en el artículo 17.2 apartados b y c de la LCD, los cuales apuntan prácticas o bien encaminadas al desprestigio de una

⁴⁷ En este sentido A. Bercovitz y Rodríguez Cano, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal; estrategia encaminada a eliminar a un competidor, pp 490

imagen de marca o de un establecimiento o bien a prácticas predatorias, es decir, prácticas con el objeto final de la expulsión de uno o varios competidores del mercado.

Una vez solventados los problemas sobre si se vende o no ciertamente por debajo del coste de producción, el cual es el primer punto del análisis. Habría que determinar la intencionalidad de la práctica, en este sentido, como así lo determina el apartado octavo de la sentencia: “la sala no puede extraer de las alegaciones vertidas por la parte recurrente ni del conjunto del acervo probatorio la existencia de esa ‘estrategia predatoria’, esa estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado en la actuación desplegada por Ceranor y, por tanto, no podemos reputar desleal esta conducta con la relevancia que se pretende a efectos de estimar las peticiones de la demanda”. Este resultado es en tanto así dado que ni se ha demostrado la captación de clientes por la otra parte mediante la venta a pérdida, ni tampoco se ha demostrado el deterioro de la imagen de su producto o establecimiento, ya que solo un producto vendido a pérdida no tiene la relevancia necesaria como para deteriorar la imagen de un establecimiento ni la captación de clientes. Además, no se concreta el tiempo en el que esta práctica se llevó a cabo y, este dato es esencial dado que, para generar determinados resultados susceptibles de ser considerados desleales, el tiempo de realización de la práctica debería ser prolongado. Por tanto, simplemente la parte acusante se ceñó a denunciar el hecho de vender por debajo del coste de adquisición, pero este hecho no es de por sí ilícito ya que, atendiendo al artículo 17.1 de la LCD, la fijación de precios será libre; para la manifestación de una práctica desleal, además hay que demostrar que esa práctica concreta está englobada en uno de los tres casos comprendidos en la LCD, y esto no se ha podido demostrar.

- Como ya se ha expuesto en apartados anteriores, la existencia de varias normativas internas que regulen simultáneamente la competencia desleal en España (LCD Y LOCM), además de la directiva europea referente a la competencia desleal, genera, en ocasiones, problemas, dado su carácter eminentemente antagónico. En este sentido, podemos observar cómo en la sentencia del tribunal de justicia (sala quinta) de 19 de octubre de 2017, en el cual se acusa en base al artículo 14 de la LOCM a *Europamur Alimentación, S.A.* (mayorista encargado de la venta a pequeños comercios y supermercados de productos domésticos) competir con deslealtad dada su presunta venta a pérdida y el posible perjuicio de los consumidores⁴⁸.

Ante esta acusación, por su parte, Europamur aduce que se debería haber atendido en primer momento al artículo 17 de la LCD: “salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.” Y, en segundo lugar, aduce que, acusándola de venta con pérdida bajo el amparo de la LOCM, se estaría contraviniendo la directiva europea referente a la competencia desleal de 2005.

La acusación defiende el ilícito de venta a pérdida dado que entiende que, en este caso, los afectados son los competidores, por tanto, la directiva no tendría validez ya que ésta va encaminada a la protección de los consumidores, no obstante, como dice la propia sentencia en su apartado 28: “a este respecto, tal como observa el Abogado General en el punto 42 de sus conclusiones, si bien es cierto que la aplicación de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales se circunscribe a las prácticas que perjudican directamente los intereses económicos de los consumidores y que la Directiva no se aplica, por ende, a los profesionales, no por ello puede llegarse a la conclusión de que el Tribunal de Justicia no sea competente para responder a las cuestiones prejudiciales que le ha planteado el Juzgado de remisión.”

Otro punto a tener en cuenta es que, como se ha dicho en varias ocasiones, la LOCM tiene como objeto final la protección de los

⁴⁸ Recordemos que la creación de la LOCM tiene como objeto final la protección de los consumidores (y con ella también la de los competidores), los cuales hasta el momento no estaban protegido de forma explícita por las normativas vigentes.

consumidores pero como dice la sentencia en su apartado 35: “[...]El Juzgado remitente precisa que el consumidor se ve beneficiado en sus compras en el pequeño comercio de la agrupación de pedidos realizada a través del almacén mayorista, sin lo cual el minorista se vería impotente frente a las grandes cadenas y a las grandes superficies comerciales, que disponen de una capacidad de compra superior”.

Por tanto, queda de manifiesto la vigencia de la directiva europea. además, es notorio el ya citado carácter altamente restrictivo de la LOCM y en relación a este aspecto la directiva europea es clara; “A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales lleva a cabo una armonización completa de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y que, por tanto, como prevé expresamente su artículo 4, los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la referida Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores”.

Por tanto, y teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, se desestima la sentencia dado que la directiva se opone a un planteamiento (como el de la sentencia que nos concierne) que prohíba de forma general a la venta a pérdida.

- Ya se ha hablado en otros apartados que, para considerar una práctica de venta a pérdida desleal, ha de darse una venta bajo precio de coste o adquisición y, es condición *sine qua non* la demostración de que dicha venta a pérdida está comprendida dentro de los supuestos del artículo 17.2 de la LCD. A estos efectos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, nº 154/2009, de 10/06/2009, Rec 244/2008, en la cual la empresa EDUCARED CORPORATES SL acusa a OPTIMUS ZERO S.A de venta a pérdida del producto MASTERPACK (paquete informático de office). En concreto, EDUCARED vende el producto bajo precio de adquisición y bajo el precio de producción de OPTIMUS: “[...] declarativa de competencia desleal por venta del producto MASTERPACK, consistente en paquete informático de Office, por debajo

del precio de adquisición y por debajo de los costes del fabricante EDUCARED al haberlo adquirido al precio de 20 euros más IVA y ofertar el producto por Internet a consumidores finales al precio de 16,84 euros según se desprendía de la página web de la demandada y de la factura de venta a Don Elías , cuando la demandante lo comercializaba a consumidores finales al precio de 159 euros y entendiéndose por ello que se causa desprestigio y aminoración de sus ventas”. Si bien sí cabe poner atención en el posible desprestigio o bien del producto ofertado por OPTIMUS o bien por el desprestigio de la propia empresa, no cabría, en principio, poner demasiada atención a la mengua de la clientela de OPTIMUS como resultado de las prácticas de EDUCARED dado que el mercado está abierto a la competencia y son vicisitudes comunes en la práctica de la actividad comercial.

Por tanto, habría que poner especial atención en los supuestos contemplados en la LCD y ver si la práctica de EDUCARED se corresponde o no con alguna de ellas. A este respecto, descartaríamos el apartado 17.2 a) ya que no induce a engaño y, de inducir a engaño, habría que demostrar que induce a engaño sobre el precio de los demás productos y esto no se da. Por otro lado, también hay que descartar el apartado c) dado que la práctica de EDUCARED no es una práctica predatoria, no busca eliminar al competidor del mercado, simplemente obtener un mayor número de ventas. además, la venta de un solo producto de más de 40.000 que oferta la parte demandada no puede ser considerada como una práctica predatoria.

A la luz de lo expuesto con anterioridad, solo cabe la posibilidad de ser considerada práctica desleal bajo el supuesto del apartado b) del artículo 17.2 de la LCD: “b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.” En este sentido sí podría entenderse que la práctica de EDUCARED es desleal ya que, si bien solo se ha presentado una factura que acredite la real venta a pérdida, dichos precios los tenían anunciados en la página principal de la página web, por tanto, el público objetivo es mucho mayor. Sin embargo, como ya se precisó en apartados anteriores, el supuesto de desprestigio de una marca o establecimiento contemplado en la LCD exige la consecución del

resultado, es decir, no basta con demostrar que se intentó, sino que hay que demostrar que el objetivo perseguido llegó a término. Ante esto, la acusación queda desestimada pues, aunque OPTIMUS intenta achacar la pérdida de su clientela y caída de ventas a las prácticas de EDUCARED, esto no es demostrable con las pruebas que presentan, las cuales se ciñen a poner de manifiesto la venta por debajo de coste de adquisición y, como ya hemos dicho anteriormente, el artículo 17.2 b) exige la consecución del resultado para ser considerado práctica desleal.

7. CONCLUSIONES

1. Como podemos observar en lo expuesto con anterioridad, la competencia ha pasado por varias fases muy diversas entre sí. Tanto es así que, en sus inicios, la competencia apenas contaba con una protección jurídica propia, sino que se intentaba suplir ese vacío mediante otras leyes. No sería hasta 1991 cuando se creó una ley directamente ideada y dirigida a proteger la libre competencia, asegurando así el libre acceso al mercado de todo aquel que quisiera y, además, la protección de estos una vez están en el mercado, es decir, evitar, por un lado, las prácticas encaminadas a tendencias monopolísticas en el mercado y, por el otro lado, asegurar una competencia leal, acorde a la buena fe.

Hay que poner especial atención al cambio de mentalidad en la regulación, en parte motivado por las regulaciones europeas a partir de 2005. Es en este momento cuando realmente el consumidor pasa a ser el objetivo a proteger en el mercado. Es cierto que, si bien en España ya existía la LOCM, encaminada a defender al consumidor, no sería hasta 2009 (con la reforma de la LCD) cuando las leyes se alinearían con la doctrina europea, es decir, el consumidor pasaría a ser el protagonista en las regulaciones de los estados miembro.

2. Atendiendo a lo anteriormente planteado, cabría la posibilidad de considerar firmemente férreo el derecho español dada la cantidad y variedad de leyes que éste contiene referente a un mismo ámbito. No obstante, como se ha demostrado mediante sentencias referentes a la

venta a pérdida, la variedad de leyes con potestad en un mismo ámbito y con criterios de acción tan diversos (como es el caso español) incluso contrarios en ocasiones, no beneficia al buen funcionamiento del mercado, crea controversias y contradicciones que, en última instancia es labor de los tribunales el discernimiento de las mismas. Por tanto, ya que la LCD sí se ha alineado con la directiva europea, para evitar futuras contradicciones y controversias en lo referente a la venta a pérdida, la LOCM debería ser modificada, dado que ésta es más restrictiva en lo referente a la venta a pérdida que la directiva (no consta la prohibición de la venta a pérdida *per se* en dicha directiva) y no puede haber una ley más restrictiva que la ya explicada directiva⁴⁹. Por tanto, cabría la posibilidad de sopesar la modificación de la LOCM como así lo apunta E. González Pons: “La sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017, implica que la legislación de ordenación de comercio minorista debe reformarse a fin de adaptarse a las exigencias de la Directiva 2005/29/CE, aunque lo haga extemporáneamente, y a tal efecto, quedar permitida la venta a pérdida en nuestro ordenamiento de manera generalizada, solo perseguible en aquellos supuestos en los que se pueda demostrar que responde a una estrategia comercial desleal”

⁴⁹ En este sentido se manifiesta E. González Pons en La venta a pérdida en la ley de ordenación del comercio minorista (interpretación de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales por el TJUE); ¿Es la regulación de la venta a pérdida contenida en el art.14 LOCM contraria a la Directiva 2005/29/CE?, pp 186.

8. MATERIAL DE CONSULTA

8.1 Bibliografía

(10 de 06 de 2009). AP - Madrid, Sección 28, nº 154/2009, de 10/06/2009, Rec 244/2008. Madrid, Comunidad de Madrid, España.

(19 de Mayo de 2014). AP - Leon, Sección 1, nº 105/2014, de 19/05/2014,. León, Castilla y León, España.

(19 de Octubre de 2017). C-295/16 - *Europamur Alimentación*. Murcia , Murcia , España.

A, A. H. (2011). Venta a Pérdida y Venta Piramidal . En J. García Cruces, *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad 2 Tomos* (págs. 1623 - 1643). Valencia : Tirant lo Blanch.

A, B. R.-C. (2014). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra : Aranzadi .

A., U. R. (2007). *Curso de Derecho Mercantil (volumes I, II)*. Navarra : Thomson Civitas .

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Navarra : Aranzadi .

Broseta Pont, M. y. (2013). *Manueal de Derecho Mercantil* . Madrid : Tecnos .

Chuliá, F. V. (2012). *INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL*. Valencia : tirant lo blanch.

Cruz Roche, I. (2016). La venta a Pérdida: Estrategia Empresarial y Reflexiones sobre su Regulación. *Distribución y Consumo* , 10-16.

Guillermo J. Jiménez Sánchez, A. D. (2016). *Lecciones de Derecho Mercantil* . Madrid : Tecnos .

López Alonso, F. (2015). La CNMC defiende la legalidad de la venta a pérdida. *Revista Agropecuaria y Ganadera*, 682.

López Alonso, F. (2016). A Vueltas con la Venta a Pérdida. *Revista Agropecuaria y Ganadera*, 809.

López Alonso, F. (2017). La Venta a Pérdida, Prohibida por los Tribunales Europeos. *Revista Agropecuaria y Ganadera* , 835.

Ministerio de Economía y Empresa y Comisión Nacional de los Mercados (colaboración con Garrigues). (22 de Febrero de 2019). Código de Derecho de la Competencia . Madrid , España, España.

Oviedo Martínez, A. (2017). La prohibición general de venta a pérdida contenida en la LOCM, es contraria a la normativa europea. *Actualidad Jurídica Aranzadi* , 11.

Sánchez, E. G. (2012). *Derecho Mercantil (parte segunda)*. Valencia: Tirant lo Blanch .

Tato Plaza, A. F.-C. (2010). *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. La Ley (grupo Wolters Kluwer).

8.2 Webgrafía

Burguera. (24 de Abril de 2014). *Burguera Abogados* . Obtenido de ¿Defensa de la Competencia o Competencia Desleal?: <https://www.burgueraabogados.com/defensa-de-la-competencia-o-competencia-desleal/>

Comisión Europea . (s.f.). *COMPRENDER LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA* .

Commission, E. (22 de Mayo de 2012). A European Consumer Agenda - Boosting confidence and growth. *COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS A European Consumer Agenda - Boosting confidence and growth*. Brussels, Belgium, Belgium. Obtenido de <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/EN/1-2012-225-EN-F1-1.Pdf>

García Vidal, A. (Mayo de 2013). *Gómez Acebo & Pombo* . Obtenido de La Directiva sobre prácticas comerciales desleales no permite una normativa nacional que prohíba la venta a pérdida con carácter general: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la-directiva-sobre->

practicas-comerciales-desleales-no-permite-una-normativa-nacional-que-prohiba-la-venta-a-perdida-con-caracter-general.pdf

Iberley. (25 de Febrero de 2019). *Iberley*. Obtenido de Aspectos más relevantes de la Ley de Competencia Desleal: <https://www.iberley.es/temas/aspectos-relevantes-ley-competencia-desleal-43851>

Kluwer, Wolters. (s.f.). *Wolters Kluwer*. Obtenido de Defensa de la Competencia: guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjl1NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAKGtcrDUAAAA=WKE

Sotés, C. y. (6 de Noviembre de 2017). *Cuatrecasas*. Obtenido de El TJUE confirma que la prohibición de venta con pérdida de la LOCM es contraria al Derecho de la UE: <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/el-tjue-confirma-que-la-prohibicion-de-venta-con-perdida-de-la-locm-es-contraria-al-derecho-de-la-ue/>

8.3 Legislación

Cosntitución Española . (2017). Madrid : Tecnos .

(2005). *DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005*. Diario Oficial de la Unión Europea .

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. Madrid .

Ley de Competencia Desleal . (2015). En *Código de Comercio y Legislación mercantil* (págs. 307-324). Madrid : Tecnos .

Ley de Defensa de la competencia. (2015). En *Código de Comercio y Legislación Mercantil* (págs. 271-306). Madrid : Tecnos .

Ley de Ordenación del Comercio Minorista . (2015). En *Código de Comercio y Legislación Mercantil* (págs. 1547-1572). Madrid : Tecnos .

Ley general de Publicidad . (2015). En *Código de Comercio y Legislación Mercantil* (págs. 699-678). Madrid : Tecnos .

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea . (2015). En *Código de Comercio y Legislación Mercantil* (págs. 265-270). Madrid : Tecnos .