

LA REFORMA DE LA LEY DEL COMERCIO MINORISTA EN EL MARCO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

La Comisión Nacional de la Competencia, con arreglo al art. 26.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, puede realizar informes generales sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa. Con arreglo a dicha atribución, el Consejo de la CNC ha aprobado el presente informe, en relación con la reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, proceso que, como es bien conocido, se encuentra en marcha.

Sin perjuicio de la pertinencia de que la CNC informe sobre la propuesta concreta de modificación de dicha Ley en el momento oportuno de su tramitación, el Consejo de la CNC considera conveniente anticipar su posición general acerca de los cambios que deberían realizarse, con carácter previo a la reflexión detallada acerca del contenido particular del Anteproyecto de Ley que en ese momento se produzca.

1. Introducción

La distribución comercial es el subsector más importante dentro del sector servicios, tanto por su peso económico (un 18,5% del Valor Añadido Bruto de este sector, a su vez el más importante de la economía española según datos del INE) como por el impacto directo que tiene sobre el bienestar de los ciudadanos al tratarse de un sector instrumental que contribuye a promover el dinamismo de otros sectores económicos. Por ello, la ordenación de la actividad comercial debe contribuir decisivamente a incrementar el grado de competencia existente en dicho sector, en aras de la eficiencia, de la productividad, y en definitiva del beneficio de los consumidores.

El momento actual resulta particularmente propicio para evidenciar el margen de mejora, desde el punto de vista de la competencia, con que cuenta la regulación de la distribución comercial. En efecto, el proceso de transposición de la Directiva comunitaria de servicios en que nos encontramos inmersos, que en principio ha de acabar a finales de 2009, obliga a realizar una evaluación de la regulación sectorial en vigor afectada por dicha Directiva al objeto de adecuarla a la misma.

En lo que hace a la legislación estatal, la atención debe centrarse en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (LORCOMIN), cuya reforma se encuentra en curso en el momento presente, al objeto de adecuarla a la Directiva de Servicios. Esta Ley se aprobó con el objeto de establecer ciertas reglas de juego en el sector de la distribución comercial y

regular nuevas formulas contractuales derivadas de la innovación en las distintas modalidades de venta al público, así como para proporcionar una base jurídica de referencia para la modernización de las estructuras comerciales españolas.

A pesar de incluir expresamente en su Exposición de Motivos el mantenimiento de la libre competencia como uno de sus fines esenciales, la LORCOMIN es una norma que presenta en determinados aspectos un marcado carácter intervencionista que se materializan en determinadas restricciones a la competencia. Por ello, trece años más tarde de su aprobación y al albur del actual proceso de reforma, procede reflexionar acerca de los aspectos de la LORCOMIN que, ineludiblemente, han de ser modificados, así como de aquellos otros que, incluso no viéndose afectados por la Directiva de Servicios, resulta altamente conveniente revisar con el fin de eliminar importantes restricciones a la competencia.

2. Valoración de los resultados de la Ley

La revisión de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista es una cuestión pendiente prácticamente desde su promulgación.

Debe recordarse que ésta ha sido una ley con gran repercusión social y política, que dio lugar a un gran debate ya desde su aprobación, y que ha sido objeto de numerosos estudios doctrinales desde distintos puntos de vista, tanto jurídicos como económicos. En este sentido es importante señalar que desde su origen la ley arrastra en su articulado numerosas cuestiones polémicas desde el punto de vista de la competencia. Interesa resaltar ciertas contradicciones intrínsecas en una norma que dice tener por principios informadores los de libertad de empresa y economía de mercado (art. 3), pero que recoge múltiples restricciones a los mismos.

Así, si entre los objetivos de su texto original figuraba, según su exposición de motivos “ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales”, parece claro que la Ley no ha resultado particularmente exitosa en este sentido.

Baste señalar a este respecto la evolución de los distintos formatos comerciales en España durante los años en que la ley ha estado vigente. Así, a pesar de la regulación pretendidamente favorecedora del pequeño comercio que supone la LORCOMIN, la participación en el mercado del comercio tradicional se ha visto reducida en el período de vigencia de la Ley: con arreglo a datos de AC Nielsen, desde un 13% de la superficie comercial en 1994 a un 4,4% en 2006. De nuevo según esta fuente, los hipermercados mayores de 2.500 m², han pasado de detentar el 30% de cuota en superficie, al 22,5% en el mismo período, y ello a pesar de haberse abierto más de 100 nuevos centros,

que han supuesto un incremento de superficie de más de 1 millón de m² en el mismo período. Este sorprendente resultado se explica por el espectacular aumento, tanto en términos relativos como absolutos, del supermercado mediano y grande (superior a 400 m²), que han pasado de contar con un 25% de la superficie comercial al 52%.

Los datos reflejan que fundamentalmente como consecuencia de las trabas al establecimiento de grandes superficies, los supermercados medianos y grandes se han convertido en el formato más desarrollado. Así, en contra de lo pretendido por la regulación, se ha incrementado la presión competitiva hacia el “comercio de proximidad”, nicho clásico del comercio tradicional, ya que estos supermercados se suelen situar en los centros urbanos y no a las afueras, como ocurre con los hipermercados.

De hecho, la evidencia empírica observada en otros países permite cuestionar que la apertura de grandes establecimientos implique un perjuicio sobre el pequeño comercio, tal como explicita la LORCOMIN. Dicha evidencia sugiere que el efecto neto de la creación de grandes puntos de venta es el de aumentar la especialización en la venta al por menor, fomentar la creación de nuevas tiendas con alto valor añadido intensivas en mano de obra y producir efectos secundarios positivos mediante el fortalecimiento de las oportunidades de éxito de otros establecimientos en el mismo área comercial¹. Los resultados de los estudios empíricos realizados en el marco de la OCDE, muestran, por un lado, que una flexibilización de las regulaciones sobre horarios de apertura y de las restricciones al tamaño de los establecimientos en general conllevan efectos positivos sobre el rendimiento y la eficiencia del sector, y por el otro, que el exceso de regulación puede dañar el poder adquisitivo del consumidor e impedir la modernización del sector.

Otros de los objetivos no alcanzados que mencionaba la exposición de motivos de la LORCOMIN era “sobre todo, el mantenimiento de la libre y leal competencia”. Las excesivas restricciones a su mantenimiento y el insuficiente grado de competencia en el mercado han sido puestos de manifiesto

¹ De acuerdo con el informe “Reforma regulatoria en el sector de la distribución comercial” (*Regulatory reform in retail distribution*, Boylaud and Nicoletti, 2001, OCDE), en los países de la OCDE en el sector de comercio al por menor, las restricciones a los horarios de apertura, el exceso de restricciones sobre la ubicación de los puntos de venta y las facultades de veto atribuidas a los minoristas tradicionales han impedido la creación de formatos de establecimiento con mayor valor añadido que crean más puestos de trabajo, y han limitado la gama de productos a elegir por los consumidores. La evidencia empírica disponible sugiere que la restricción del acceso mediante la imposición de requisitos especiales para la obtención de licencias, ubicación y / o umbrales de tamaño dificultan el dinamismo de la industria y la presión competitiva, lo que supone un menor crecimiento del empleo y mayores precios para el consumidor. En concreto, lejos de alcanzar el objetivo de apoyar el empleo, las restricciones impuestas a la instalación de grandes establecimientos limitan el nivel de especialización en el sector minorista, frenando la creación de alto valor añadido, la implantación de establecimientos intensivos en mano de obra y evitando los efectos positivos para las tiendas que operan en el área de las grandes superficies.

repetidamente no sólo por la CNC, antes TDC, sino por otras instituciones internacionales. Así por ejemplo, en los informes anuales que elabora el FMI sobre la situación económica de sus estados miembros en base al Artículo IV del Acuerdo con el FMI, esta cuestión ha estado presente de forma recurrente. Concretamente, ya en las conclusiones del Informe del año 1999 se llamaba la atención sobre los aspectos negativos que dificultaban la competencia efectiva de las empresas de distribución comercial, detectando barreras y obstáculos para la libertad de establecimiento de nuevos centros. En dicho informe se decía que los gobiernos regionales españoles estaban restringiendo indebidamente las autorizaciones para abrir nuevos centros, y se pedía la liberalización de los horarios comerciales con el fin de generar más empleo y beneficiar al consumidor, así como a empleados y empresas.

Dado que esta situación se ha mantenido prácticamente sin cambio, los últimos informes realizados por el FMI continúan llamando la atención sobre este extremo. Así, en el Informe de Consultas del Artículo IV de 2007 se señalaba que los mercados españoles de servicios están entre los más restrictivos del mundo y especialmente el sector de la distribución comercial. En una clasificación elaborada por el propio FMI según el grado de restricción imperante en el sector de la distribución comercial, España ocupa el tercer lugar en cuanto al grado de restricción regulatoria, sólo por detrás de Bélgica y Portugal, dentro del grupo de los 28 países económicamente más desarrollados. Y nuevamente, en las Consultas del Artículo IV de 2008 se señala que *“Las reformas de los mercados de bienes y servicios requieren una puesta en práctica fuerte y completa, para desinflar márgenes y potenciar la productividad. Una transposición ambiciosa de la Directiva de Servicios de la UE será especialmente valiosa en el ámbito de la distribución comercial. Las autoridades locales deben garantizar una aplicación efectiva de la Directiva.”*

La OCDE también viene realizando este tipo de llamadas de atención sobre la situación de la regulación comercial en nuestro país. Recientemente, en su informe *Reformas del mercado de productos en España entre 1998 y 2008*, se afirmaba que España aún debe mejorar en materia de apertura y funcionamiento de establecimientos comerciales, destacándose que: *“Los empresarios que desean abrir un comercio minorista en España deben hacer frente a requisitos de licencia más bien restrictivos. Además, el establecimiento de grandes superficies comerciales está limitado por reglamentaciones especiales. El reglamento sobre horarios de apertura del comercio es muy estricto ya que hay que tomar en cuenta los límites de número máximo de horas de apertura semanal de las tiendas, las autorizaciones de apertura los domingos y los días de cierre obligatorio. Estas barreras impuestas a la incorporación a la actividad y los reglamentos contribuyen a obstaculizar la competencia e impiden la modernización de la distribución minorista”*.

El impacto del alto grado de restricción regulatoria en España debe ponerse en relación con el hecho de que, de acuerdo con los datos del informe *La distribución comercial en España en 2007* publicado en BICE, España ocupa el

tercer lugar por la cola, de entre los países de la UE-15 (y por debajo de la media de la UE-27), en términos de productividad² en el comercio minorista. La relación negativa entre productividad y restricciones regulatorias ha sido puesta de manifiesto en estudios realizados en otros países³. Otros autores han apreciado una correlación positiva entre el nivel de restricción regulatoria en España y el grado de inflación⁴.

Por último, es relevante citar un estudio del Banco de España⁵ de próxima publicación en el que se analiza la evolución en España de la regulación del comercio minorista a nivel autonómico en el periodo 1997-2007. Tras construir un indicador de regulación comercial en base a distintos parámetros regulatorios (definición de gran superficie, moratorias, horarios, impuestos específicos, etc), se estima la incidencia de la legislación en distintas variables de densidad comercial asociadas a la implantación de establecimientos de distinto formato, concluyendo que la regulación comercial ha favorecido a los formatos pequeños, especialmente a los supermercados. También entre los resultados se obtiene que un mayor grado de regulación comercial está asociado a menor nivel de ocupación en el sector y a una mayor tasa de inflación en el periodo estudiado.

3. La normativa de distribución comercial y el proceso de transposición de la Directiva de Servicios

Al margen de la evidencia anterior existen razones adicionales que deben llevar al legislador a renovar la normativa de comercio minorista, no ya por una cuestión potestativa sino preceptiva. En efecto, la llamada Directiva de Servicios y su previsible norma de transposición al ordenamiento jurídico español, hacen imprescindible la reforma de la LORCOMIN.

² Medida por el valor añadido al coste de los factores por empleado.

³ Véase por ejemplo el reciente estudio de Haskel y Sadun (2009), *Regulation and UK Retailing Productivity: Evidence from Micro Data*. Este estudio analiza si la regulación urbanística redujo el crecimiento de la productividad del comercio al por menor en Reino Unido entre 1997 y 2003. El estudio observa que, a raíz de una modificación de la normativa en 1996 que aumentó los costes de apertura de grandes establecimientos, se observó una reducción del tamaño de los establecimientos comerciales, en particular en las cadenas de supermercados. Los datos de este estudio muestran una relación entre el nivel de productividad total de los factores (PTF) de las cadenas de supermercados y las diversos tamaños de los establecimientos dentro de la cadena. Los resultados sugieren que la disminución del tamaño de las tiendas de la cadena supuso una disminución de la PTF de alrededor de un 0,4% anual.

⁴ Hoffmaister, Alexander W.,(2006), *Barriers to Retail Competition and Prices: Evidence from Spain*. IMF Working Papers, pp. 1-41, 2006.

⁵ *La evolución de la regulación del comercio minorista en España y sus implicaciones macroeconómicas*, M^a de los Llanos Matea y Juan S. Mora, Banco de España, 2009, próxima publicación en la serie de documentos de trabajo.

La Directiva prevé una serie de medidas que pretenden eliminar las barreras que dificultan la libre circulación de servicios e impulsar el comercio transfronterizo entre los países de la Unión Europea: la simplificación administrativa de los procedimientos; la eliminación de las barreras jurídicas y administrativas al libre establecimiento de los prestadores de servicios; la eliminación de barreras a la libre prestación de servicios transfronterizos, y determinadas medidas para asegurar la garantía de la calidad de los servicios.

En particular, en lo que se refiere a la regulación sobre el sector de la distribución comercial, ésta se ve afectada plenamente al obligar la Directiva a la eliminación de todo tipo de autorizaciones como norma general, y mantener solo excepcionalmente los regímenes de autorización que cumplan una serie de criterios:

- “a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;*
- b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general y;*
- c) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue y no vaya más allá de lo necesario para conseguirlo y que no se pueda sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.”*

Desde la CNC se considera que la correcta adecuación de la LORCOMIN a la Directiva de Servicios debería implicar la alineación de esta norma con los principios de excepcionalidad en la instauración de regímenes de autorización para el ejercicio y establecimiento de los servicios y de reducción de cargas administrativas, que explicita dicha Directiva.

En consecuencia, debe procederse obligatoriamente a la revisión obligatoria de una serie de preceptos de la LORCOMIN, que se repasan a continuación.

3.1 El régimen de autorización para la apertura de establecimientos comerciales y, en particular, de Grandes Superficies o Grandes Establecimientos Comerciales (GS)

El núcleo de la reforma debe gravitar en torno a la llamada “licencia comercial específica”. El primer apartado del art. 6 establece que *“la apertura de grandes establecimientos comerciales estará sujeta a una licencia comercial específica, cuyo otorgamiento corresponderá a la Administración Autonómica, sin perjuicio de que ésta pueda también someter a autorización administrativa otros supuestos relacionados con la actividad comercial”*.

Esta licencia, que de acuerdo con la LORCOMIN deberán otorgar las Comunidades Autónomas, se superpone a la licencia municipal que ha de

otorgarse por parte de la Administración Local correspondiente, con arreglo a criterios fundamentalmente urbanísticos y medioambientales.

Desde el punto de vista de la competencia, la obligación de contar con esta licencia comercial restringe la competencia, al establecer una barrera de entrada regulatoria para potenciales entrantes en el mercado, limitar el número de posibles competidores y permitir así la consolidación del poder de mercado de los operadores ya establecidos. De esta forma, las Comunidades Autónomas intervienen en la configuración de la oferta comercial, con la finalidad de alcanzar determinados objetivos de ordenación de la actividad económica, o de proteger o promover el comercio tradicional. Así, la segunda licencia comercial provoca distorsiones en las estrategias de implantación o de expansión de las empresas que pueden preferir abrir establecimientos a los que, por su menor superficie, se puede acceder sin necesidad de licencia, favoreciéndose con ello determinados formatos comerciales (los “medianos”) en detrimento de los más grandes.

El carácter restrictivo de la competencia de esta regulación ha sido puesto de manifiesto por la CNC/antiguo TDC en distintos estudios, informes de concentración, así como en sus *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación eficiente y favorecedora de la competencia*, de junio de 2008, y su reciente *Guía para la elaboración de memorias de competencia*.

Como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva de Servicios, varios son los aspectos que deberían modificarse: la sumisión de la apertura, ampliación o transmisión de estos establecimientos a una licencia comercial específica, otorgada por la Comunidad Autónoma con arreglo a criterios económicos, y el propio concepto de gran superficie comercial.

La existencia de una licencia comercial específica por razones económicas

El segundo apartado del artículo 6 de la LORCOMIN vincula el otorgamiento de la licencia comercial específica a “*la existencia, o no, de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquélla.*”

Esto supone una grave injerencia sobre el principio de libertad de mercado, dado que debe ser precisamente en el contexto de confrontación de oferta y demanda donde se dirima cuál es el adecuado equipamiento comercial, como resultado de la revelación por parte de los consumidores de sus preferencias a este respecto.

Tanto la Directiva como el Proyecto de Ley de Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios anulan con buen criterio la posibilidad de apoyar en cualquier tipo de prueba de naturaleza económica la justificación para el otorgamiento de una autorización, quedando así anulados también los criterios

comerciales. Así, entre los requisitos prohibidos para el otorgamiento de una autorización, se menciona en el artículo 14.5 de la Directiva el siguiente:

“aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general”

En este sentido, las autorizaciones a que pudieran someterse los establecimientos comerciales no deberían incluir en ningún caso este tipo de valoraciones.

En consecuencia, resultan incompatibles con la Directiva de Servicios tanto el mencionado apartado 2 del artículo 6 de la LORCOMIN, como su apartado 4, que establece que el *“efecto sobre la estructura comercial existente se valorará teniendo en cuenta la mejora que para la libre competencia suponga la apertura de un nuevo gran establecimiento en la zona, así como los efectos negativos que aquélla pudiera representar para el pequeño comercio existente con anterioridad”*. La definición de lo que es *“un adecuado equipamiento comercial”*, no es una cuestión que deba decidir una autoridad administrativa, sino que es el propio mercado el que deberá dar respuesta sobre la adecuación o no de un determinado equipamiento comercial.

Lo dicho en relación con los grandes establecimientos es igualmente predicable en relación con otros formatos comerciales en relación con los cuales algunas Comunidades Autónomas establecen mecanismos de licencia similares, por ejemplo las tiendas de descuento duro. Si bien es cierto que, en estos casos, la aplicabilidad de la Directiva de Servicios y de su norma de transposición no guarda relación con la LORCOMIN, sí afectaría a las respectivas legislaciones comerciales autonómicas que establecen este tipo de autorizaciones.

En cuanto a la previsión de la realización de un informe preceptivo por parte del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia como parte del procedimiento de otorgamiento de la licencia comercial específica, en la medida en que esta licencia debe quedar eliminada, es coherente que también se elimine la necesidad de obtener dicho informe.

Con arreglo a lo anterior, habida cuenta de que la existencia de la licencia autonómica obedece precisamente a motivos de control de la oferta comercial por parte de esa Administración, una vez que no resulta aplicable ese criterio para determinar la existencia de la licencia, **debe derogarse la obligación de obtener una licencia comercial específica para la implantación, modificación o transmisión de un gran establecimiento comercial.**

La justificación de una licencia específica para grandes superficies

En relación con la segunda licencia, la necesidad de observancia de la Directiva de Servicios (y la futura aprobación de la Ley de Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios que la transpone) no sólo alcanza a la prohibición de someter la autorización a criterios económicos, sino que, también, implica la reconsideración del mantenimiento mismo de esta licencia.

Dichas normas determinan, como principio general, la prohibición de imponer tales regímenes. Así el artículo 5 del anteproyecto de ley de servicios señala que: *“La normativa reguladora del establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios no podrá imponer a los prestadores de España o de cualquier Estado miembro de la Unión Europea regímenes de autorización.”*

La congruencia con el mencionado principio general de no sujeción de las actividades de servicios a regímenes de autorización, conduciría a derogar de plano la obligación de cualquier tipo de licencia para los establecimientos comerciales al considerarse ésta la opción regulatoria menos restrictiva de la competencia.

Existe, sin embargo, la posibilidad excepcional de instaurar regímenes de autorización, siempre que la misma resulte necesaria, proporcionada, y no discriminatoria por razones de nacionalidad o domicilio social. Por tanto, de considerar justificado un régimen de autorización, el nuevo texto de la ley debería proceder, una vez establecido el principio general de no autorización, a determinar en qué condiciones sí sería posible dicha autorización, de acuerdo con el texto de la Directiva⁶ y de la futura Ley de Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios.

En esta valoración debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el juego competencial existente en diversos ámbitos entre administración autonómica y local, las entidades locales sujetan las aperturas de establecimientos a regímenes de licencia –que a su vez deberían ajustarse a los principios y requisitos establecidos en la Directiva de Servicios- destinados a garantizar determinados fines de interés general. Si las finalidades de interés general que pretende proteger la segunda licencia ya están cubiertas por estos regímenes, resultaría redundante establecer la necesidad de una segunda autorización para controlar las aperturas de las grandes superficies, incrementándose el grado de restricción a la competencia, así como la carga administrativa.

⁶ Debe recordarse que la propia Directiva de Servicios, en su considerando 47, establece: *“También es necesario garantizar que la autorización dé acceso como norma general a una actividad de servicios o a su ejercicio en todo el territorio nacional, a no ser que esté objetivamente justificado exigir una autorización individual para cada establecimiento — por ejemplo, para cada implantación de grandes superficies comerciales —, o una limitación de la autorización a un lugar específico del territorio nacional, por una razón imperiosa de interés general”*. En todo caso, esta consideración se realiza a los meros efectos de explicar la pertinencia, en determinados casos, de requerir una autorización para cada apertura de establecimiento, por oposición a la posibilidad de someter a autorización general el ejercicio de la actividad en el territorio nacional. Dicha reflexión no exime de la obligación de realizar la justificación de la necesidad y proporcionalidad de la instauración del régimen de autorización en el caso de las grandes superficies.

Cuestión distinta sería si no existieran dichos regímenes de licencia municipal, en cuyo caso podría plantearse la instauración del régimen de autorización exclusivamente para grandes superficies. O que existiesen otros intereses generales que, claramente, no resultasen protegidos por el sistema de licencias municipales.

En estos casos, de considerarse pertinente la posible instauración de un régimen de autorización, dicho ejercicio de evaluación debería realizarse de la manera más precisa posible, interpretando de forma restrictiva “las razones imperiosas de interés general” que fundamentarían tanto la necesidad de la autorización como los requisitos en que se basaría su otorgamiento, limitándolas a las verdaderamente relevantes a estos efectos. Estas razones de interés general deberían ser distintas de las ya protegidas por la existencia, en su caso, de licencias municipales y hacerse explícitas en el texto con carácter taxativo, sin que resulte admisible que dichos fines de interés general sirvan para amparar encubiertamente un control de la oferta comercial.

Una razón adicional para entender justificada la limitación de los motivos de interés general que fundamentarían el posible régimen de autorización radica en la necesaria observancia del principio de proporcionalidad. La aplicación de dicho principio es especialmente relevante, cuando las decisiones de las autoridades públicas en la defensa de un interés general determinado afectan a otros intereses generales, y debe decidirse entonces en qué medida estos últimos han de ser menoscabados por aquél.

En este caso, la instauración de restricciones al establecimiento afecta negativamente a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE. En consecuencia, se debe ser cauteloso en la defensa a sus expensas de otros objetivos de interés general, algunos de los cuales, como la protección del medio ambiente o la conservación del patrimonio histórico y artístico, cuentan, a nivel constitucional, con un ámbito de protección inferior al de la libertad de empresa⁷.

El principio de proporcionalidad requiere en nuestro caso que, en defensa de determinados intereses generales, no se dañen en mayor proporción otros intereses generales como la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 CE. O en otras palabras, no será aceptable que se defiendan únicamente uno de esos intereses generales, si otros sufren un grave menoscabo, como viene ocurriendo hasta ahora en el mercado español de distribución minorista en relación con la libertad de empresa.

En definitiva, la necesidad de observar el criterio de proporcionalidad en el establecimiento de regímenes de autorización exige tener en cuenta el daño

⁷ Así, la libertad de empresa se configura como un auténtico derecho, que vincula directamente a ciudadanos y poderes públicos, mientras que la protección del medio ambiente o la conservación del patrimonio histórico y artístico son principios rectores de la política social y económica, que sólo pueden ser invocados en la medida en que los desarrollen las leyes, de acuerdo con el art. 53.3 CE.

que se inflige al libre mercado, y en definitiva a los consumidores, de cara a la minimización de dicho daño.

En atención a todo lo anterior, **la sumisión de la apertura de un gran establecimiento comercial a un régimen de autorización específico, en caso de considerarse necesaria, debe fundarse en razones de estricto interés general, explicitadas con carácter taxativo, y evitar daños desproporcionados a la libertad de empresa.**

Adicionalmente, **sería imprescindible incluir en el nuevo texto de la ley una referencia al procedimiento de otorgamiento de estas autorizaciones**, a modo de pautas generales a desarrollar por las instancias reguladoras relevantes. En concreto, los requisitos a que se somete la autorización deben respetar los criterios del artículo 10 de la Directiva (justificación de su necesidad en razones de interés general, proporcionalidad, no discriminación, objetividad, publicidad, transparencia), así como los principios que deben informar a los procedimientos y trámites de autorización (artículo 13 de la Directiva).

La definición de gran establecimiento comercial

En el artículo 2.3 de la LORCOMIN se define jurídicamente el concepto de “gran establecimiento comercial” como aquellos “*establecimientos comerciales, que destinándose al comercio al por menor de cualquier clase de artículos, tengan una superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 metros cuadrados*”. Esta definición es únicamente relevante a los efectos de la necesidad de obtener la licencia comercial específica regulada en el artículo 6 de esta misma ley.

Ahora bien, la LORCOMIN no deja cerrado tal concepto: simplemente establece una superficie a partir de la cual un establecimiento ha de tener necesariamente la consideración de “gran establecimiento”, pero deja a las Comunidades Autónomas su precisión por debajo de esta superficie aportando simplemente una referencia subsidiaria en caso de que la respectiva Comunidad no lo regule. Esto ha supuesto que actualmente exista una gran heterogeneidad entre las distintas definiciones de “gran establecimiento comercial” que figuran en las legislaciones autonómicas, pudiendo considerarse incluidos en esta definición establecimientos comerciales con una superficie muy por debajo de la cifra de referencia de 2.500 metros cuadrados.

De hecho, ciertas CC.AA. han modificado la propia definición de manera que el concepto de “gran establecimiento comercial” puede depender no solo del criterio de superficie de exposición y venta, sino también de otros criterios como el número de empleados o el volumen de capital de la empresa. Asimismo, algunas Comunidades han introducido definiciones del concepto de gran establecimiento de carácter relativo (poniendo en relación el criterio de superficie con otros criterios poblacionales, de tamaño de la empresa afectada, o de otro tipo). Estas últimas definiciones resultan particularmente

preocupantes en la medida en que introducen elementos de valoración económica, de los prohibidos por la Directiva de Servicios, en la propia definición de gran establecimiento, al vincularlos a la demanda o a la oferta potencial.

Tal como ya se ha mencionado, debe ser el mercado el que determine qué formatos comerciales resultan exitosos y cuáles son económicamente inviables sin que las normas impongan distorsiones a las decisiones de los agentes económicos. La adaptación de los oferentes a las restricciones impuestas por las normas vigentes ha motivado precisamente el efecto que se quería evitar a través de la instauración de la licencia: el deterioro de la situación competitiva del pequeño comercio, a través de la proliferación de establecimientos de relativa entidad en formato supermercado, localizados en los centros urbanos, que suponen una alternativa más directa a aquél que los grandes establecimientos.

En el marco normativo anterior a la Directiva de Servicios, una definición lo más cerrada posible del concepto de gran establecimiento comercial, dentro del respeto a las competencias normativas de las Comunidades Autónomas en la materia, se hubiera valorado positivamente por parte de la CNC, ya que al menos hubiera introducido un cierto tamiz de uniformidad y unidad al mercado que desde el punto de vista de la CNC es conveniente y que, con el juego actual de las regulaciones estatal/autonómicas, se veía perjudicado. Así, si las empresas no se vieran afectadas por la incertidumbre derivada de la necesidad o no de obtener una licencia comercial dependiendo de la Comunidad Autónoma en que desearan establecerse, las condiciones de competencia se verían mejoradas en la medida en que las decisiones de las empresas a la hora de abrir un nuevo establecimiento comercial, en términos de ubicación y de formato, no dependerían de razones legales, sino únicamente de razones de mercado.

Por las mismas razones, esta uniformidad sería, indudablemente, positiva para la competencia, si se decidiese mantener la segunda licencia con arreglo a determinadas necesidades de interés general imperioso, en los términos explicados en el apartado anterior. En este caso sería conveniente inclinarse por un criterio uniforme de superficie que fuera poco restrictivo (como convertir en mínimo el umbral de 2.500 m² que actualmente se toma como máximos), o en su defecto definir otro que no implique valoraciones de oferta o demanda comercial.

Sin embargo, como se ha dicho, en el contexto actual, tras la entrada en vigor de la Directiva de Servicios, y la futura aprobación y de su norma de transposición, la existencia de una autorización administrativa para la apertura de un establecimiento comercial no puede estar vinculada a cuestiones como su superficie de venta al público o su influencia sobre la estructura comercial existente, y en consecuencia el mantenimiento de la segunda licencia resulta improcedente.

En la medida en que la definición de “gran establecimiento comercial” debe entenderse en conjunción con la necesidad de solicitar dicha licencia comercial específica, de no existir dicha licencia, la definición tendría escasa virtualidad.⁸

Por tanto, de eliminarse la obligación de licencia específica para los grandes establecimientos, el concepto de “gran establecimiento comercial” resultaría intrascendente, debiendo eliminarse del texto de la LORCOMIN dicha definición.

3.2 Otras modificaciones de la LORCOMIN derivadas de la adaptación a la Directiva de Servicios

Existen en el articulado de la LORCOMIN otras restricciones de menor calado que también se ven afectadas por la Directiva de Servicios. Así, pueden destacarse:

Artículo 49. *Obtención de autorización específica para la instalación de máquinas de venta automática.*

Artículo 54. *Obtención de autorización para el ejercicio de la venta ambulante.*

Artículo 38. *Obligación de inscripción en el Registro de ventas a distancia.*

Artículo 62. *Obligación de inscripción en Registros de Franquiciadores.*

Con respecto a las autorizaciones reguladas en los artículos 49 y 54, es necesaria una reflexión similar a lo señalado anteriormente sobre las autorizaciones para la instalación de establecimientos comerciales. Así, debe hacerse explícito en la nueva redacción de estos artículos, que dichas autorizaciones deben ser necesarias, no discriminatorias y proporcionadas, y su existencia debe justificarse motivadamente de acuerdo a lo establecido en la Directiva de Servicios y su norma de transposición. Asimismo, deben incluirse las referencias pertinentes a las condiciones que ha de cumplir el procedimiento de autorización.

Con respecto a las obligaciones de inscribirse en un registro contempladas en los artículos 38 (ventas a distancia en más de una Comunidad Autónoma) y 62 (ventas en franquicia), deben reformarse también a la luz de la Directiva. En concreto, el artículo 16 de la Directiva prohíbe restringir la libre prestación de servicios a través de obligaciones que impliquen estar inscrito en un registro administrativo. Con arreglo al considerando 39 de la Directiva, la obligación de inscripción en un registro para poder ejercer la actividad es equiparable a un

⁸ En realidad, el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, alude al concepto de gran establecimiento comercial a propósito de la instalación de estaciones de servicio en dichos establecimientos (art.3.1). Sin embargo, este precepto previsiblemente se deroga por la futura Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio.

régimen de autorización, prohibidos con carácter general en cuanto a su grado de restricción de la competencia. Por tanto, debería eliminarse dicha obligación de inscripción previa en estos casos, sustituyéndose, en caso de considerarse justificada su necesidad, por obligaciones de comunicación ex post del inicio de la actividad a la autoridad relevante. De ese modo, se podría garantizar la finalidad de transparencia en la prestación de la actividad que motiva la existencia de dichos Registros, a través de una alternativa menos restrictiva.

Adicionalmente, en el caso de que estos registros siguieran persistiendo una vez evaluada su necesidad y proporcionalidad, en su articulación procedimental **deben contemplarse medidas de simplificación administrativa como las recogidas en el artículo 5 de la Directiva**, entre otras las referidas a aceptación de documentos de otros Estados miembros y no obligación de presentar originales, copias compulsadas o traducciones compulsadas.

4. Restricciones adicionales existentes en la LORCOMIN cuya revisión es conveniente

La necesidad de liberalizar la normativa de comercio trasciende, en opinión de la CNC, el mero ejercicio obligatorio de transposición de la Directiva de Servicios, resultando altamente conveniente la revisión de la misma con carácter integral. Existen en la regulación comercial distintos ámbitos, que corresponde regular al Estado y/o a las Comunidades Autónomas donde cabe un claro margen de mejora competitiva; por ejemplo, en materia de horarios comerciales y apertura en festivos. Sin embargo, si nos ceñimos estrictamente a la LORCOMIN, existen a lo largo de su articulado diversos preceptos cuya modificación resultaría altamente recomendable desde el punto de vista de competencia, con independencia de que en sentido estricto la Directiva de Servicios no obligue a modificarlos.

Pueden proporcionarse distintos argumentos para que en el momento actual se acometa una renovación amplia de la LORCOMIN, que resulte más favorecedora de la competencia:

- En primer lugar, el dinamismo en la evolución del sector y en las preferencias de la demanda, motivan la necesidad de eliminar determinadas restricciones al comportamiento de los operadores, como pueden ser determinadas prohibiciones de venta, o la fijación de los períodos de rebajas.
- En segundo lugar, una evaluación sistemática del contenido de la LORCOMIN revela asimismo la necesidad de eliminar resquicios intervencionistas, tales como la regulación de la fijación de precios o la venta a pérdida.

Así, sin ánimo de exhaustividad, se mencionan a continuación algunos aspectos que convendría modificar.

4.1 La prohibición de venta de mercaderías en establecimientos financieros (art. 8)

El artículo 8 LORCOMIN establece varias prohibiciones al ejercicio del comercio al por menor y a la exposición de mercancías, estableciendo así una barrera legal de entrada al mercado minorista. Podemos diferenciar de acuerdo con el contenido del mismo tres sujetos de aplicación del artículo:

- las personas físicas y jurídicas a quienes les esté específicamente prohibido el comercio al por menor,
- los empresarios individuales o sociales a quienes se exija, por vía normativa, dedicación exclusiva a la actividad que desarrollan, y
- las entidades financieras.

Por lo que respecta a los dos primeros supuestos (apartado 1 del art. 8), la prohibición expresa de la LORCOMIN sería redundante, ya que el origen de dicha prohibición se encontraría determinado en otra norma del ordenamiento jurídico. Además, en el segundo supuesto, existe la posibilidad de que las empresas que tienen obligación de dedicación exclusiva ejerzan la actividad comercial a través de filiales u otro tipo de sociedades dependientes, con lo que el alcance de la norma puede ser excesivamente limitado.

Sin perjuicio de lo anterior, no resulta evidente que esta prohibición, que limita la libertad de empresa constitucionalmente reconocida en el art.38 CE, se establezca por cuestiones de incompatibilidad de actividades, o de protección de algún bien jurídico o del consumidor. Más bien, parece simplemente una medida más para la protección del pequeño comercio, frente a la entrada en el mercado minorista de otras sociedades cuyo objeto social principal no sea el comercio minorista.

En cuanto a las entidades financieras, el art. 8.2, prohíbe *“la exposición y venta de mercancías al comprador cuando éstas procedan de personas cuya actividad sea distinta a la comercial y, como consecuencia de la actividad que les es propia, tengan como finalidad principal la realización de préstamos, depósitos u operaciones de análoga naturaleza, adheridas a la oferta comercial de la mercancía, de tal forma que una no se pudiera hacer efectiva sin la otra”*. De nuevo, no parece encontrarse justificación suficiente de esta vulneración de la libertad de empresa para una prohibición de esta naturaleza.

Por añadidura, el alcance de esta prohibición se advierte nuevamente limitado, ya que existen varios supuestos no contemplados en la norma por los que una entidad financiera podría legalmente ejercer como comerciante minorista. En efecto, si la entidad financiera cuenta con una oferta comercial de artículos no vinculados a la contratación de *“préstamos, depósitos u operaciones de análoga naturaleza”*, esta oferta sería legal según este artículo. Igualmente, si los artículos proceden directamente de quien los fabrica, y no de la entidad financiera, estaríamos ante una transacción legal. Así, la deficiente redacción

del artículo limita extraordinariamente el cumplimiento del objetivo que se plantea.

Por otra parte, basta una rápida incursión en cualquiera de los establecimientos en los que las entidades de crédito desarrollan su actividad, o en sus respectivas páginas web, para advertir que la oferta de productos de consumo por parte de estos, asociados o no a la contratación de productos financieros, es una práctica común en todos ellos.

Por tanto, **debe revisarse la redacción de dicho artículo**, no sólo en atención a razones de técnica normativa y eficacia, sino también como consecuencia de la reflexión de la pertinencia del mantenimiento de dicha limitación para las entidades financieras.

4.2 La regulación de la fijación de precios (art. 13)

El art. 13 LORCOMIN establece la libre determinación de los precios de venta de los artículos como principio general para, posteriormente, permitir al Gobierno la posibilidad de fijar los precios o márgenes de comercialización de determinados productos, en determinados casos.

La libertad de precios es uno de los elementos básicos que conforman el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, marco que describe el modelo económico español tal como señala el artículo 38 de la Constitución de 1978. Y precisamente el mismo artículo 38 encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de la libertad de empresa, de acuerdo con las exigencias de la economía en general.

Tal como la CNC ha señalado en el pasado, “desde un punto de vista económico, la fijación de precios constituye una distorsión en el libre funcionamiento del mercado. Cuando se permite que las fuerzas de la oferta y la demanda actúen libremente, los precios sirven para medir la escasez o la abundancia relativa de los bienes y servicios. Esta es una información económica fundamental. Cuando el precio al que se intercambia un producto o servicio en el mercado baja, la empresa que lo suministra tendrá incentivos a reducir su actividad, y sus clientes tendrán incentivos a aumentar la demanda del mismo. Los precios constituyen pues, un mecanismo muy poderoso de comunicación de los distintos agentes económicos que interactúan en el mercado. La interferencia sobre ese mecanismo mediante la actuación de las administraciones públicas podría dificultar la toma de decisiones de los agentes económicos e incluso conducirles a decisiones erróneas”⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior y a propósito del artículo en cuestión, en primer lugar cabe plantearse la necesidad de regular explícitamente por ley el principio de libertad de precios, cuando del art. 38 de la CE puede deducirse,

⁹ Informe sobre la fijación de una tarifa mínima en el de transporte de mercancías por carretera.

directamente, sin necesidad de otra regulación, que prevalece dicho principio pues éste es un rasgo que define el libre mercado. Sin perjuicio de lo anterior, de regularse explícitamente la posibilidad de fijar precios, como en el caso de la LORCOMIN, debería hacerse de forma más previsible estableciendo claramente cuáles son aquellas circunstancias excepcionales que justificarían dicha fijación y obligando a su motivación.

En este caso, existirían dos posibles vías de excepción. La primera vía es determinar que la alteración del principio de libertad de precios sólo puede establecerse por Ley. Ahora bien, no es necesario que esta previsión figure en la LORCOMIN, sino que viene derivada de la mera aplicación de la reserva constitucional de Ley al desarrollo del art. 38 CE, que exige norma con rango de Ley para regular el contenido de la libertad de empresa.

La segunda vía, no incompatible con la anterior, es tipificar claramente las excepciones en la propia LORCOMIN. Esto es lo que se prevé en el segundo párrafo del artículo 2:

- a. *Cuando se trate de productos de primera necesidad o de materias primas estratégicas.*
- b. *Cuando se trate de bienes producidos o comercializados en régimen de monopolio o mediante concesión administrativa.*
- c. *Como medida complementaria de las políticas de regulación de producciones o de subvenciones u otras ayudas a empresas o sectores específicos.*
- d. *Excepcionalmente y mientras persistan las circunstancias que aconsejen la intervención, cuando, en un sector determinado, se aprecie ausencia de competencia efectiva, existan obstáculos graves al funcionamiento del mercado o se produzcan situaciones de desabastecimiento.”*

Tal como puede apreciarse, en este artículo únicamente la letra d) considera que la alteración de la libertad de precios debe ser un hecho excepcional, aunque el tenor literal del precepto confiere un elevado grado de discrecionalidad a la Administración para su aplicación a multitud de supuestos de hecho. De la lectura del resto del artículo puede deducirse que, en la medida en que concurren el resto de circunstancias, no se impone ningún agravante adicional a la situación de los mercados referenciados para que el Gobierno fije los precios en éstos. Esto parece particularmente grave en el primer supuesto, cuya redacción resulta excesivamente abierta cuando se analiza desde la óptica de los principios de mínima distorsión de la competencia, transparencia y predecibilidad.

En definitiva, **debe modificarse dicho precepto, proponiéndose dos alternativas:**

- 1- Preferiblemente, derogar el artículo, puesto que como se ha dicho la CE, la LDC y la LCD cubren ya el objeto de dicha regulación, y deberá ser en las leyes en que se establezca, en su caso, la posibilidad de fijación de precios a propósito de sectores y situaciones particulares, donde deba justificarse motivadamente las razones y causas que llevan a la misma.

- 2- En su defecto, mantener el precepto endureciendo las condiciones en que, excepcionalmente, puede procederse a esta fijación administrativa de precios. Así, debería restringirse aún más la posibilidad de fijar los precios, al menos en el caso de productos de primera necesidad o materias primas estratégicas –apartado 2.a)- limitándola a las razones de obstáculos graves al funcionamiento del mercado, o a situaciones de grave y notorio desabastecimiento. .

4.3 La regulación de la venta a pérdida (Art. 14)

El art. 14 LORCOMIN establece que “[...] no se podrán ofertar ni realizar ventas al público con pérdida, fuera de los supuestos regulados en los Capítulos IV y V del Título II de la presente Ley, a menos que quien la realice, tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas, o se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización. En todo caso, deberá respetarse lo dispuesto en la Ley sobre Competencia Desleal.”

En este caso nos encontramos nuevamente con una situación de redundancia en la regulación. En efecto, la venta a pérdida se encuentra prevista ya en la ley de competencia desleal en cuyo art.17.2 se establece, como excepción al principio general de libertad de precios que 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 ajeno.*
- c. *Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.*

Desde el punto de vista de la competencia, el antiguo TDC ha manifestado que la práctica de vender por debajo de coste no supone un ilícito *antitrust* si no va acompañada por otras circunstancias como son que la empresa se encuentre en posición de dominio y que su conducta tenga un efecto predatorio, esto es, esté orientada de forma directa a perjudicar significativamente a uno o varios competidores mediante el empleo de medios, de apariencia competitiva, pero no basados en su mayor eficiencia empresarial, con el objeto de mantener o reforzar una posición de dominio que permita que el sacrificio de beneficios a corto plazo suponga mayores ganancias a medio y largo plazo.

Así, cuando las ventas por debajo de coste no vayan acompañadas de alguna de las condiciones establecidas en la LCD ni incurran en la figura de abuso de posición de dominio establecida en la legislación de defensa de la competencia, lo único que suponen es una ventaja para el consumidor, que adquirirá el producto en condiciones más ventajosas. Esto hace que resulte ilógico prohibir con carácter general esta conducta como hace la LORCOMIN.

Efectivamente, esta ley establece el principio general de prohibición de la venta a pérdida, para posteriormente prever dos excepciones:

- que quien realice la venta a pérdida tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar significativamente a sus ventas; o
- que la venta a pérdida sea de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización.

En el primero de los casos pueden darse dos situaciones:

- que la empresa que haya bajado los precios primero, lo haya hecho porque su estructura de costes se lo permite. En este caso el seguidor que vende a pérdida intentando no perder cuota frente al competidor más eficiente no podrá mantener esa estrategia por mucho tiempo, y terminará por salir del mercado. No puede hacerse ninguna objeción a esta situación desde el punto de vista de la competencia, puesto que en este caso saldrán beneficiados los consumidores y las empresas más eficientes;
- que el que ha bajado los precios en primer lugar esté vendiendo también a pérdida con la intención de expulsar a otros competidores del mercado. Este sería el caso prohibido por la LCD y por la propia LDC a través de la figura del abuso de posición de dominio, por lo que regularlo nuevamente es redundante.

En conclusión, esta primera excepción no debería estar contemplada.

Por otra parte, considerar posible la venta a pérdida sólo en el caso de artículos perecederos se advierte una opción demasiado restrictiva, y discriminatoria, puesto que se debe dejar a las empresas libertad en la gestión de sus stocks, independientemente de que comercien con productos perecederos. Así, simplemente un comerciante podría decidir que no tiene opción de vender sus productos, sean o no perecederos, por ejemplo, por acabarse la temporada o por quedarse obsoletos por la aparición de nuevos productos más avanzados tecnológicamente, de forma no le quede otra opción que venderlos rebajando su precio por debajo de su coste, recuperando al menos una parte del mismo. En este caso, nuevamente se vería beneficiado el consumidor, siempre que se cumplan los requisitos mínimos de información sobre el precio original del producto y demás que se exigen de acuerdo con la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.

Parece que la intención subyacente a la prohibición de venta a pérdida, más que la defensa del consumidor o de la competencia es la defensa del comercio tradicional frente a las grandes superficies.

Por añadidura, debe recordarse que la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó la LORCOMIN, añadiendo una Disposición Adicional (la sexta) en la que se dispone que el régimen de la venta a pérdida que se recoge en la LORCOMIN se aplica a

actividades mayoristas o de intermediación (no sólo minoristas). Como consecuencia de ello, la venta a pérdida (para cualquier tipo de actividad) presenta una doble regulación: la de la LORCOMIN y la de la LCD (artículo 17), que no resultan absolutamente coincidentes en su tipificación. Esta situación resulta igualmente indeseable.

En definitiva, la regulación existente establecida en la LDC y la LCD hace que sea innecesario y redundante, y favorecedor de la confusión, que la LORCOMIN incluya preceptos de este tipo. Por ello, **se propone derogar este artículo.**

4.4 La fijación de los periodos de rebajas (art. 25)

El Art. 25 LORCOMIN fija, con carácter obligatorio, dos únicos periodos de rebajas que comienzan en fechas ciertas y con una extensión máxima a delimitar por las distintas Comunidades Autónomas:

- 1. Las ventas en rebajas sólo podrán tener lugar como tales en dos temporadas anuales; una iniciada al principio de año, y la otra, en torno al período estival de vacaciones.*
- 2. La duración de cada período de rebajas será como mínimo de una semana y como máximo de dos meses, de acuerdo con la decisión de cada comerciante, dentro de las fechas concretas que fijarán las Comunidades Autónomas competentes.*

Tal ordenación de los periodos de rebajas constituye una restricción a la competencia que carece de justificación en motivos de interés general y que únicamente parece pretender disciplinar el comportamiento de las empresas, favoreciendo su coordinación, en detrimento de la oferta en precios y la variedad de opciones para el consumidor.

Desde un punto de vista económico, la determinación de los periodos de rebajas resulta una cuestión estratégica en el mercado de comercio minorista. La observación empírica¹⁰ muestra cómo en mercados donde los periodos de rebajas no están determinados legalmente, la fecha de inicio de las rebajas ha ido adelantándose paulatinamente, y este efecto se ha visto acompañado por un incremento de la variedad y diversidad de la oferta. Este efecto es especialmente relevante en el caso de bienes con estacionalidad, ya que los comerciantes se enfrentan a un plazo limitado para vender el stock con el que cuentan al principio de la temporada.

Cuando los comerciantes planifican su estrategia de negocio para una determinada temporada pueden vender sus productos al precio original de catálogo en el periodo normal o venderlos a precio más bajo en el periodo de rebajas. Así, podríamos diferenciar dos segmentos distintos según un criterio temporal: el mercado de catálogo y el mercado de rebajas. En el mercado de catálogo, otras variables como la estacionalidad, las tendencias de la temporada o la novedad del producto hacen que la variable precio pierda

¹⁰ Vid. "Timing of Seasonal Sales" Pascal Courty, Universitat Pompeu Fabra And Li, Hao University of Hong Kong - November 5, 1998.

importancia relativa. Esto es, el precio es un variable relevante en la decisión de compra pero también lo son otras variables como las características del producto, calidad, diseño, etc. Sin embargo, en el mercado de rebajas la variable fundamental en la decisión de consumo es el precio, y las demás variables pierden importancia relativa.

Así, en cada momento los comerciantes deben valorar si sus productos son suficientemente demandados como para competir en el mercado de catálogo o si no lo son y entonces deben intentar competir por el mercado de rebajas. Si el periodo de rebajas no viniese fijado normativamente, existe un incentivo para adelantar el inicio de las rebajas en el intento de conquistar este mercado antes que los competidores. El que antes comience las rebajas obtiene una mayor ventaja competitiva.

Si existe competencia en la determinación de la fecha de inicio del precio de rebajas, mantenerse en los precios de catálogo resulta más costoso que cuando esta fecha es conocida y la misma para todos. Esta conclusión es consistente con la opinión generalizada de los comerciantes. Según la *Encuesta sobre rebajas para el periodo 2003-2007 en el Sector de comercio textil y complementos de toda España*, elaborada por la Confederación Española de Comercio, más del 85% de los establecimientos del sector quieren una regulación que establezca los periodos de rebajas.

Otro de los efectos de la desregulación en cuanto a la fijación del periodo de rebajas es que además de adelantarse las rebajas, también se incrementa la calidad de los servicios comerciales y se incrementa la diversidad de la oferta. El tener que competir para mantenerse en el mercado de precios de catálogo hace que los comerciantes deban alcanzar un mayor grado de diferenciación, lo que da lugar a mejoras en las variables determinantes en el consumo que no son el precio. Esto supone, por un lado, mejoras de la calidad de los servicios comerciales con el fin de aumentar la satisfacción del cliente y así procurarse una mayor demanda en el mercado de catálogo; y por otro, mayor diversificación en la oferta.

En conclusión, la competencia por hacerse con el mercado de rebajas cuando éstas no están predeterminadas hace que éstas se adelanten en el tiempo, y se amplíe el periodo de tiempo en el que los precios son más bajos. Además, los incentivos a mantenerse en el mercado de catálogo, se traduce positivamente tanto en la mejora de la calidad de la atención al cliente, como en la diversidad de la oferta.

Por tanto, eliminar la determinación de los periodos de rebajas por vía normativa incrementaría la competencia en el mercado generando los efectos positivos que se derivan de ésta: menores precios, mejor servicio e incremento del bienestar del consumidor.

Lo anterior no obsta para concluir que el hecho de que los periodos de rebajas no estén regulados vaya a evitar una cierta coordinación entre los comerciantes a la hora de realizar las rebajas, puesto que lo normal en el caso de algunos

productos como la moda es que éstas se produzcan hacia el final de cada temporada. Los períodos de rebajas podrían surgir en otras épocas del año en productos no relacionados con la estacionalidad (por ejemplo, productos de electrónica, de decoración, etc.). Por otra parte, tampoco se eliminan los beneficios para el consumidor en términos de posibilidades de planificación de su gasto de consumo, puesto que siguen teniendo la certidumbre de que éstas se producirán al final de la temporada, e incluso al desregularlas lo normal es que se adelanten en el tiempo como ha ocurrido en otros países. Sin embargo, la eliminación de la fijación legal de los períodos de rebajas introduce un elemento desestabilizador en dicha coordinación, permitiendo estrategias comerciales más variadas, en beneficio del consumidor.

En definitiva, la actual regulación sobre rebajas priva al consumidor de los beneficios derivados de un mayor grado de competencia derivado de la libre determinación de estos períodos, y, en consecuencia, de menores precios; limita la capacidad de las empresas para gestionar de modo eficiente sus "stocks" de mercancías, lo que les impide decidir cuál es el momento del año más adecuado para iniciar el periodo de rebajas en función de sus previsiones de ventas; y aumenta el riesgo de conductas coordinadas derivadas de la transparencia en el comportamiento de los competidores tanto dentro como fuera de estos períodos¹¹.

En atención a todo lo anterior, **se propone que el texto de la ley se modifique**, manteniendo los requisitos generales que los comerciantes deben cumplir en la temporada de rebajas para asegurar la adecuada defensa de los consumidores y usuarios, (como que los artículos deberán haber estado incluidos con anterioridad y, durante el plazo mínimo de un mes, en la oferta habitual de ventas; o que queda prohibido ofertar, como rebajados, artículos deteriorados; o que siempre que se oferten artículos con reducción de precio, deberá figurar con claridad, en cada uno de ellos, el precio anterior junto con el precio reducido), pero que al mismo tiempo **se establezca el principio de libertad de empresa en la decisión de los periodos de rebajas**.

1 de abril de 2009

¹¹ Según la encuesta anteriormente mencionada, dentro del pequeño margen de decisión a la hora de empezar las rebajas que contempla la regulación española (LORCOMIN y CCAA), en el periodo de rebajas de invierno, el 82,42% de los establecimientos empiezan las rebajas a la vez, el 7 de Enero, y el 69,63% las termina también al mismo tiempo el 28 de Febrero. Sólo un 10,9% empieza las rebajas antes del 7 de enero, mientras que el restante 6,59% no hace rebajas (aquéllos que, por la demanda de sus productos pueden permitirse no entrar en este mercado). En la temporada de verano ocurre algo parecido: el 88,33% de los establecimientos empiezan las rebajas el 1 de Julio y el 84,31% acaban el 31 de Agosto. En cuanto a la posibilidad de modificar los periodos de rebajas actuales, en el caso de las rebajas de invierno, aunque una proporción considerable de comerciantes están de acuerdo con la situación actual (43,88%) más de un 48% prefiere retrasar el comienzo. En el caso de las rebajas de verano, una parte considerable está de acuerdo en la actual fecha de inicio (43%), si bien más del 51% preferiría retrasar esa fecha.