

# Examen de la venta con pérdida en la distribución de productos agroalimentarios y otras prácticas desleales

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO<sup>1</sup>

## I. CUESTIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO. SINGULARIDADES EN EL ÁMBITO AGROALIMENTARIO

La Constitución española reconoce y establece el sistema económico nacional basado en el principio de libre competencia y, además, en el régimen especial de protección de los que ostentan la condición de consumidores y usuarios<sup>2</sup>. La efectiva competencia va a definir la economía de mercado y ello tiene una notable repercusión en la oferta de productos, así como en la determinación del precio final del mismo.

El artículo 38 de la Constitución prevé el contenido de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, debiendo ser los poderes públicos los que garanticen y protejan su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación, pero teniendo en cuenta que no se trata de

---

<sup>1</sup> Trinidad Vázquez Ruano es profesora titular de Universidad de Derecho mercantil de la Universidad de Jaén. tvazquez@ujaen.es

<sup>2</sup> Art. 38 de la Constitución Española. Puede consultarse: Gerardo RUIZ-RICO RUIZ, “La libertad de empresa en la constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia”, en Revista de Derecho Mercantil, n° 215, 1995, pp. 223-258.

una facultad constitucional absoluta. La libertad de empresa implica el reconocimiento de la libre iniciativa empresarial en el conjunto del sistema económico y en igualdad de condiciones, al margen de las posibles formas previstas para su organización. El contenido de la mencionada libertad de empresa puede concretarse en la facultad de la libre iniciativa para acceder a un mercado y determinar las condiciones de desarrollo de la propia actividad comercial, el libre ejercicio sobre la finalidad y objetivos económicos y la posibilidad de cesar en la actividad cuando el empresario lo considere oportuno en razón de su iniciativa. En este sentido, la competencia efectiva que delimita la economía de mercado influye o afecta al consumidor tanto en lo que respecta a la oferta de productos que se ponen a su disposición en el tráfico empresarial, como en relación con la determinación del precio final de los mismos.

Los aspectos anteriores hay que relacionarlos necesariamente con la adecuada protección de los intereses de los que, formando parte del mercado, ostentan la condición de consumidores de productos o, en su caso, usuarios de los servicios que se ofrecen en el mismo. De este modo, la Constitución española reconoce -entre los principios rectores de la política social y económica- la necesidad de que los poderes públicos protejan los intereses de los consumidores y usuarios, garanticen su seguridad, salud y legítimos intereses económicos, habiéndose de fomentar sus organizaciones y tenerlas presentes en cuestiones que les sean de interés (artículo 51 de la Constitución). Dando cumplimiento al mandato constitucional indicado, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 enumeró los derechos básicos de los consumidores, incluidos actualmente en el Título I del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Asimismo, y en relación con la defensa de los intereses de los que participan en el mercado, conviene prestar especial atención a las disposiciones vigentes en materia de comportamientos y prácticas empresariales. En concreto, a nivel comunitario, cabe señalar el contenido de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, norma armonizadora en la ma-

teria y que tiene por finalidad lograr la aproximación de las leyes de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales<sup>3</sup>, incluida la publicidad, que son directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y, de modo indirecto, de los competidores. Estas previsiones, junto a las de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa<sup>4</sup>, han sido transpuestas en el ámbito interno con la aprobación de la Ley 29/2009<sup>5</sup>, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal (Ley 3/1991 de 10 de enero sobre Competencia Desleal) y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Circunstancia que, además, ha aprovechado el legislador nacional para incluir la previsión de la publicidad contraria a Derecho como práctica desleal y, al mismo tiempo, unificar el sistema de acciones judiciales reconocidas frente a los comportamientos ilícitos en el mercado. Ello ha supuesto, no sólo la modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; sino también, del referido Texto Refundido

---

<sup>3</sup> Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, 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, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. DOUE L 149, de 11 de junio). *Vid.* José MASSAGUER FUENTES, El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2006; Anxo TATO PLAZA/ Pablo FERNÁNDEZ CARBALLO- CALERO/ Christian HERRERA PETRUS, La reforma de la ley de competencia desleal, La Ley, Madrid, 2010. Así como, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores (DOUE L 304, de 22 de noviembre); y la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOUE L 110, de 1 de mayo).

<sup>4</sup> Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOUE L 376, de 27 de diciembre).

<sup>5</sup> 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 (BOE 315, de 31 de diciembre). También cabe hacer alusión a otras normas que afectan a la información que se difunde en el mercado con una pretensión empresarial, como la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE 294, de 8 de diciembre), cuyo objeto es la regulación de los signos distintivos, en particular de la marca del producto o servicio, como identificativo del mismo en el entorno comercial.

de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En consecuencia, se ha incluido un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y los comportamientos agresivos en el mercado y se han modificado aspectos procesales de indudable importancia y tendentes a establecer acciones de cesación ante las prácticas desleales que perjudican los intereses económicos de los consumidores en el tráfico empresarial<sup>6</sup>; el deber de información por parte de los empresarios<sup>7</sup>; y a cuestiones relativas a la ordenación del comercio minorista sobre las ventas promocionales<sup>8</sup>; y a la regulación de los códigos de conducta a los que las entidades se suscriben de manera voluntaria<sup>9</sup>.

A mayor abundamiento, esta atención por la tutela de los intereses de los consumidores respecto de las prácticas empresariales en el mercado no ha sido la única pretensión del legislador que, en la actualidad, se ha centrado de manera específica en la protección del resto de participantes en el mercado de productos agroalimentarios en cuanto a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro entre empresas (las cuales quedaban al margen de la Directiva 2005/29/CE). Circunstancia que implica la atención a las propuestas y recientes iniciativas legislativas que se están sucediendo en este ámbito y, de modo específico, en la aprobación de la Directiva (UE) 2019/633, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019<sup>10</sup>, relativa a las

---

<sup>6</sup> A saber: la cláusula general de deslealtad (art. 4), las prácticas desleales con los consumidores (arts. 19-31), los códigos de conducta (arts. 37-39) y ciertos aspectos procesales (arts. 32-36).

<sup>7</sup> Nos referimos a los arts. 8, 18, 19, 20, 47.3º, 49.1º, 60, 63 y 123 del TRLDCU.

<sup>8</sup> Modificación de los arts. 18, 22, 23 y 32 de la LOCM.

<sup>9</sup> En concreto, Trinidad VÁZQUEZ RUANO, “Consideraciones de derecho de la competencia en materia de autorregulación”, en *Actas de Derecho Industrial*, nº 36, 2015/16, pp. 281-306.

<sup>10</sup> Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario (DO L 111, de 25 de abril de 2019). Previa a la misma, fue la Propuesta *Unfair trading practices in the food chain*, Bruselas, 12 de abril de 2018 que deriva de la Resolución del Parlamento Europeo adoptada en junio de 2016, en la que se invitaba a la Comisión Europea a presentar una propuesta para un marco a escala de la Unión relativo a las prácticas comerciales desleales y a las indicaciones del Consejo hechas a la Comisión en diciembre de 2016. Los antece-

prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario frente a los comportamientos contrarios a los principios de buena fe y comercio justo, en la medida en que las condiciones son impuestas de manera unilateral por un socio y la contraparte apenas tiene margen de negociación. Los elementos esenciales de la norma indicada se centran en la igualdad de oportunidades de las pequeñas y medianas empresas alimentarias y agrícolas, los productores y agricultores, como sectores vulnerables en la cadena de suministro. La razón de esta iniciativa radica en el diverso poder o capacidad de negociación entre los que integran dicha cadena, como se ha puesto de manifiesto en las propuestas de modernización de la Política Agraria Común.

---

dentes de la Propuesta reseñada son, entre otros: la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa” (COM(2009) 591 final de octubre 2009); el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Ejercicio de supervisión del mercado del comercio y de la distribución - Hacia un mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020” (COM(2010)355 final de julio 2010); el Informe del Parlamento Europeo, de agosto de 2010, sobre unos ingresos justos para los agricultores: mejorar el funcionamiento de la cadena de suministro de alimentos en Europa; la Resolución del Parlamento Europeo, de julio de 2011, sobre un mercado minorista más eficaz y más justo; la Resolución del Parlamento Europeo, de enero de 2012, sobre los desequilibrios en la cadena alimentaria; la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Plan De Acción Europeo Para El Comercio Minorista” (COM(2013) 36 final de enero 2013); el Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa (enero de 2013) y la creación de un código voluntario de buenas prácticas en la cadena de suministro (*Iniciativa de la cadena de suministro* –SCI); la Resolución del Parlamento Europeo, de diciembre de 2013, sobre el Plan de Acción Europeo para el Comercio Minorista en beneficio de todos los agentes (2013/2093(INI)); la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas” (COM(2014) 472 final de julio de 2014); el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas (COM(2016) 32 final de enero de 2016); y la Resolución del Parlamento Europeo, de junio de 2016, sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario.

Por su parte, en el Derecho nacional contamos con la Ley de Mejora de la Cadena Alimentaria<sup>11</sup> que, en parte, ha servido de orientación al legislador comunitario y que incluye no sólo una lista de prácticas comerciales prohibidas entre proveedores y compradores; sino, además, un conjunto de reglas mínimas y una coordinación entre las autoridades de control u órganos públicos independientes con capacidad de sancionar, iniciar una investigación de oficio y recibir las denuncias particulares. El tenor de la norma nacional se centra en la protección del sector primario como parte débil de la cadena alimentaria. Siendo fundamental, en este sentido, el papel de los inspectores de la Agencia de Información y Control Alimentario (AICA).

## II. EL MERCADO DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS Y LAS PRÁCTICAS DESLEALES

### 1. PRÁCTICAS DESLEALES HABITUALES

La comercialización de productos agroalimentarios en un entorno competitivo ha experimentado importantes cambios que se reflejan tanto en los hábitos de consumo por parte de los sujetos, como -de forma particular- en los modos de producción y distribución de los mismos en el mercado nacional y en la implementación de estrategias comerciales de entrada a los mercados extranjeros<sup>12</sup>.

Prestando atención particular a los actos que se llevan a cabo en el mercado de productos agroalimentarios, es posible afirmar que no siempre se adecuan a los principios de competencia leal en el tráfico empre-

---

<sup>11</sup> Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (BOE 185, de 3 de agosto).

<sup>12</sup> Para ampliar esta idea pueden consultarse: Domingo FERNANDEZ UCLÉS/ Enrique BERNAL JURADO/ Adoración MOZAS MORAL/ Miguel MEDINA VIRUEL, Encarnación MORAL PAJARES, “El sector cooperativo oleícola y el uso de las TIC: un estudio comparativo respecto a otras formas jurídicas”, en REVESCO, n° 120, 2016, pp. 53-75; Ana Isabel JIMÉNEZ ZARCO/ M<sup>a</sup> del Pilar MARTÍNEZ RUIZ, “La potenciación del origen en las estrategias de marketing de productos agroalimentarios”, en Boletín económico de ICE, n° 2880, 2006, pp. 13-30. Así como, el contenido de la Política Agraria Común de la UE y la *Estrategia 2020* (Desarrollo rural 2014-2020, puede consultarse en el siguiente enlace: [https://ec.europa.eu/agriculture/rural-development-2014-2020\\_es](https://ec.europa.eu/agriculture/rural-development-2014-2020_es)).

sarial, suponiendo un perjuicio para los consumidores y para el resto de los que participan en el mismo, competidores y otros destinatarios.

Atendiendo, en primer lugar, a la indudable relevancia que para los que integran el mercado tiene la información que los empresarios ofrecen y, de modo concreto, respecto de los que ostentan la condición de consumidores a efectos de tomar sus decisiones con el debido conocimiento, conviene hacer alusión al régimen de los *comportamientos engañosos* en el mercado. Los actos de engaño encuadran tanto la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, como la omisión de datos relevantes y, al mismo tiempo, la que sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas. Por consiguiente, el engaño en las relaciones comerciales puede derivarse tanto del contenido del propio mensaje comercial que se difunde, como de las omisiones que se hagan en el mismo. En este sentido se recoge, de un lado, la deslealtad por engaño de la información falsa o de la que, siendo veraz, induce a error o puede hacerlo a los destinatarios y que sea susceptible de alterar su comportamiento económico<sup>13</sup>. Esto es, que haga que el consumidor adopte una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado o que tome una decisión relacionada con la adquisición o no de un producto en razón de la información proporcionada.

En todo caso, la valoración de las comunicaciones comerciales que se ofrecen en el marco de una actividad empresarial precisa tener como referencia el concepto jurisprudencial europeo de ‘consumidor medio’<sup>14</sup>, cual es el que está *normalmente informado* y es *razonablemente atento*

---

<sup>13</sup> Art. 6 de la Directiva 2005/29/CE y art. 5 de la LCD. Puede consultarse, también, el trabajo realizado sobre “Aspectos de competencia en la comercialización de productos agroalimentarios”, en Actas de Derecho Industrial, n° 38, 2017/18, pp. 423-440.

<sup>14</sup> El pronunciamiento de referencia sobre el concepto de ‘consumidor medio’ fue con ocasión de la Sentencia del TJCE, Sala Quinta, de 16 de julio de 1998, Asunto C-210/96, pág. I-04657, en relación con la petición dirigida al Tribunal de Justicia (según el art. 177 del Tratado CE) por el *Bundesverwaltungsgericht* (Alemania) para obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano entre *Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky* y *Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, una decisión prejudicial sobre la interpretación de la letra e) del apartado 2 del art. 10 del Regla-

y *perspicaz*, teniendo en cuenta los aspectos sociales, lingüísticos y culturales que le singularizan<sup>15</sup>. Dicho concepto ha de aplicarse en base al razonamiento de los tribunales y autoridades nacionales al objeto de concretar el comportamiento del mismo y en relación con cada caso concreto.

Además de lo expuesto, la norma determina una lista cerrada de supuestos considerados engañosos en cualquier caso<sup>16</sup>, en la medida en que afectan a quienes ostentan la condición de consumidores. En efecto, la información que los empresarios facilitan a los consumidores en el mercado de productos alimenticios y nutricionales no puede inducir a error a los mismos en casos determinados como los que a continuación se indican, a saber: cuando atribuyen al producto características sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, duración, cantidad, origen, modo de fabricación que en realidad no tiene o no se corresponden con la realidad; que se indique que el producto cuenta con ciertas características especiales cuando los alimentos similares las poseen; cuando se especifiquen efectos o propiedades del producto (saludables o nutritivas) que no son ciertas por no estar debidamente autorizadas o, pese a estarlo, que no se ajusten a su composición; que en la apariencia,

---

mento (CEE) 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos (DOUE L 173). Caben destacarse otros pronunciamientos anteriores: el asunto *Boscher* de 30 de abril de 1991 (C-239/90, RJTJ pág. I-2023, en particular el Fundamento Jurídico 20); el asunto *Yves Rocher* de 18 de mayo de 1993 (C-238/89, RJTJ pág. I-4827), el asunto *Clinique* de 2 de febrero de 1994 (C-126/91, RJTJ pág. I-2361); el asunto *Mars* de 6 de julio de 1995 (C-456/93, RJTJ pág. I-1737, en particular el Fundamento Jurídico 24); y el asunto *Darbo* de 4 de abril de 2000 (C-465/98, RJTJ p. I-2297).

<sup>15</sup> La definición de *consumidor medio* estaba recogida en la Propuesta inicial de la Comisión (Documento COM (2003) 356 final, de 18 de junio de 2003 (puede consultarse en: [www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/directive\\_prop\\_es.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/directive_prop_es.pdf)), relativa a la Posición común adoptada por el Consejo (Documento COM (2004) 753 final de 16 de noviembre de 2004). Resulta de interés la consulta de la Resolución del Parlamento europeo de 22 de mayo 2012, sobre el refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables [2011/2272(INI)], al entenderse que la actual regulación en materia de consumo resulta insuficiente. *Vid.* Carlos FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”, en *Revista Autocontrol de la Publicidad*, n° 108, 2006, p. 25; MASSAGUER FUENTES, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, pp. 91-95.

<sup>16</sup> Anexo I ‘lista negra’ de conductas y art. 27 de la LCD.

descripción o representaciones aparezca un componente alimenticio o ingrediente que induzca a error a los destinatarios; que se atribuya a un producto alimenticio propiedades preventivas, curativas o similares, salvo en los casos en los que ello se ampare en las disposiciones de la legislación específica que sea aplicable.

En lo que concierne a la omisión de datos relevantes en el contenido comercial de productos agroalimentarios se plantean dos alternativas: valorar la ilicitud por la omisión u ocultación de información de importancia para los consumidores; o que se ofrezcan los datos sobre los mismos (contenido, características y composición), pero de un modo que no resulten claros, inteligibles o que sean ambiguos, o se proporcionen en un momento inadecuado. Siempre que ello influya en la toma de decisiones del destinatario con el debido conocimiento de causa y que, de otro modo, no hubiera llevado a cabo<sup>17</sup>. No obstante, esta afirmación no es rotunda, sino que para su determinación habrá de tenerse en cuenta el contexto de hecho particular y las características y circunstancias específicas, como lo son las limitaciones y los aspectos del medio de comunicación empleado y la percepción generada en el ‘consumidor medio’<sup>18</sup>. Asimismo, es engaño por omisión que se oculte a los destinatarios el propósito comercial de la comunicación que se difunde sobre los productos alimenticios y nutricionales y éste no pueda extraerse del contexto en el que se ofrece, en tanto ello influya en la toma de decisiones.

Por otro lado, el principio general de la clara identificación de los mensajes publicitarios como tales, al igual que de la persona en nombre de la cual se realiza la actividad promocional, hace preciso prestar atención al supuesto del *encubrimiento*<sup>19</sup>. Esto es, la práctica consistente en en-

<sup>17</sup> Arts. 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE, art. 7 de la LCD y art. 49 del TRLDCU.

<sup>18</sup> Cdo. 18 y apartado 2º del art. 5 del texto referenciado. *Vid.* FERNÁNDEZ-NÓVOA, “La Directiva comunitaria”, p. 25; MASSAGUER FUENTES, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, pp. 91-95; VÁZQUEZ RUANO, “Aspectos de competencia”, pp. 423-440. Por su parte, el Parlamento europeo ha reconocido en su Resolución de 22 de mayo 2012, sobre el refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2011/2272 –INI– para su consulta: [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0209+0+DOC+XML+V0//ES](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0209+0+DOC+XML+V0//ES)).

<sup>19</sup> Art. 26 de la LCD. Al respecto, pueden consultarse los trabajos de: José Mª DE LA CUESTA RUTE, *Curso de Derecho de la Publicidad*, 2ª edic., Pamplona, 2002, pp. 143 y 167; FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, “La Directiva comunitaria”, p. 187; Carlos LEMA DEVESA, “La publicidad engañosa en el moderno Derecho español”, en

mascarar o encubrir la naturaleza promocional y persuasiva del mensaje bajo formas ajenas a dichos caracteres. Pese a estar relacionada con el acto de engaño, no se trata de un supuesto engañoso como tal porque el contenido del mensaje no lo es; sino que, por el contrario, lo es la forma a través de la que se difunde la promoción comercial y, como consecuencia, se hace más vulnerables a los destinatarios, pudiendo incluso afectar a la competencia en el mercado. De forma general, es desleal por engañoso incluir como información, comunicaciones cuya finalidad es promocionar los productos y sin que quede claramente especificado que dicho contenido es publicitario<sup>20</sup>.

En otro orden, y aun cuando la *comparación* es un comportamiento comercial permitido, como norma general, han de observarse una serie de presupuestos<sup>21</sup>. La alusión a un competidor no será ilícita si los bienes que se comparan tienen la misma finalidad o satisfacen iguales necesidades. Además, ha de realizarse una comparación objetiva en relación con aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos de los mismos. Prohibiéndose la que se haga de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables. En este sentido, y en relación con los productos agroalimentarios, cuando los que se comparan pertenecen a una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. Tampoco es posible presentar bienes como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial que esté protegido. Finalmente, la norma exige que el contenido comparado no sea engañoso, denigratorio ni suponga una explotación de la

---

“Estudios Homenaje al profesor Menéndez”, vol. I, Madrid, 1996, p. 873; Anxo TATO PLAZA, La publicidad comparativa, Madrid, 1996, pp. 208- 210; Ana M<sup>a</sup>. TOBÍO RIVAS, “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, en Revista de Derecho Mercantil, n<sup>o</sup> 237, julio-septiembre, 2000, pp. 1157-1166; VÁZQUEZ RUANO, “Aspectos de competencia”, pp. 423-440.

<sup>20</sup> *Vid.*, DE LA CUESTA RUTE, Curso de Derecho, p. 166. Aunque, autores como TOBÍO RIVAS, “La actual regulación de la publicidad”, p. 1158, consideran que la finalidad persuasiva no sólo puede conseguirse en un marco informativo, sino que cabe cualquier otro tipo.

<sup>21</sup> Art. 10 de la LCD.

reputación ajena en los términos concretos en cada uno de estos comportamientos<sup>22</sup>.

Por último, consideramos que puede ser relevante la referencia a la *cláusula general* de deslealtad como acto de competencia desleal con sustantividad propia en la comercialización de productos agroalimentarios<sup>23</sup>. Un comportamiento será desleal si resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, quedando al margen la intencionalidad o el elemento subjetivo de quien realiza la conducta<sup>24</sup>. Es decir, el comportamiento que vulnere las normas objetivas de conducta derivadas del principio de competencia, teniendo en cuenta los imperativos éticos de carácter jurídico y económico. En las relaciones que se llevan a cabo con los consumidores resultará opuesto a las exigencias de la buena fe, la conducta o actuación de un profesional que sea contraria a la diligencia que le es exigible y que, con ello, se ocasione o pueda llegar a ocasionarse una distorsión significativa del comportamiento económico del consumidor medio o miembro medio del grupo especialmente vulnerable para adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa sobre su comportamiento en el mercado y que no hubiera tomado de no ser por la actuación que distorsiona de manera notable dicho comportamiento. Por ende, la conducta va a afectar a las decisiones de los consumidores respecto a la elección de una oferta de productos agroalimentarios o del que la ofrece, la contratación del producto y sus condiciones, el abono del pago correspondiente, la conservación del bien y la ejecución de sus derechos contractuales. En definitiva, se trata de una previsión que permite la fácil adaptación a las circunstancias del

---

<sup>22</sup> Arts. 5, 7, 9, 12 y 20 de la LCD.

<sup>23</sup> Art. 6 de la Directiva 2005/29/CE y el art. 4 de la LCD. Para ampliar la materia: MASSAGUER FUENTES, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, pp. 147 y 152; Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA, "Art. 4. La cláusula general prohibitiva de la competencia desleal", en "Análisis de la reforma del régimen legal de la competencia desleal y la publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre", (coord. Enrique ARMIJO CHÁVARRI), Madrid, 2011, pp. 29-37; Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "La ampliación del concepto de competencia desleal", en "El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa", (edits. José Antonio GÓMEZ SEGADE/ Ángel GARCÍA VIDAL), Madrid, 2010, pp. 398-399; y TATO PLAZA/ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/ HERRERA PETRUS, *La reforma de la ley*, p. 66.

<sup>24</sup> Art. 57 del C. de com. y art. 7 del C. civil español.

mercado y el sometimiento al control de deslealtad concurrencial de comportamientos no contemplados de manera expresa y específica en el texto normativo vigente.

## 2. ESPECIAL REFERENCIA A LA PUBLICIDAD ILÍCITA DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS

La modificación realizada a la regulación de la competencia desleal, como se ha indicado, ha supuesto la unificación del régimen de la publicidad ilícita y de los comportamientos desleales en el mercado. En este sentido, el artículo 18 de la LCD dispone literalmente: *la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal*. Atendiendo al contenido de esta última, necesariamente hemos de acudir al artículo 3 de dicho texto que, como es obvio, también ha sido alterado en sus previsiones iniciales por la mencionada Ley 29/2009.

Los supuestos en los que puede calificarse la publicidad de contraria a Derecho van a ser: las prácticas promocionales que atenten contra la dignidad de la persona o vulneren los valores y derechos reconocidos en la Constitución, la publicidad dirigida a menores que los incite a la compra de un bien o de un servicio explotando su inexperiencia o credulidad o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores; la publicidad subliminal; la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios; la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal. Este último apartado es el punto de inflexión entre las disposiciones de la norma de publicidad y la regulación de la competencia desleal en el mercado. Mientras que ésta afirma la deslealtad de la publicidad de acuerdo con los criterios de su propio contenido; aquélla, por su parte, recoge unos supuestos de ilicitud particulares y otros previstos en la LCD.

De los planteamientos de ilicitud indicados, y dejando al margen los recogidos en el texto que se ocupa de la competencia en el mercado y en las relaciones que se suceden en el mismo a los que ya nos hemos referido, consideramos de relevancia detenernos en las prácticas promo-

cionales que son *opuestas a lo contenido en la normativa que regula la publicidad de determinados productos*, como es el caso de los agroalimentarios<sup>25</sup>.

En este aspecto, hay que tener en cuenta que la Ley General de Publicidad es de aplicación supletoria respecto de las normas publicitarias de carácter especial que son prioritarias por razón del medio o canal por el que se difunde la publicidad; del producto que se promociona (como los alimenticios, las bebidas alcohólicas, los medicamentos o el tabaco); o de los destinatarios que la reciben. El sector de la comercialización de productos agroalimentarios -dejando al margen las normas especiales en razón del medio de comunicación y de los productos que cuentan con su propia regulación- exige la observancia de las previsiones transversales de aplicación, siendo múltiples y diversos los textos vigentes en materia de etiquetado e información sobre los mismos, declaraciones nutricionales y calidad de los alimentos que, si bien no procede reproducir en este momento, no pueden pasar desapercibidos en la materia<sup>26</sup>. De forma somera, conviene aludir a los siguientes en el ámbito nacional: el Real Decreto 1808/1991, por el que se regulan las menciones o marcas que permiten identificar el lote al que pertenece un producto

---

<sup>25</sup> Apartados c) y d), del art. 3 de la LGP, respectivamente.

<sup>26</sup> En la UE las normas de referencia van a ser: Reglamento (CE) n° 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos (DOUE L 404, de 30 de diciembre); Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo, de 28 de junio de 2007, sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos (DOUE L 189, de 20 de julio); Reglamento (UE) n° 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor; Reglamento (CE) n° 1151/2012, de 21 de noviembre, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios (DOUE L 343, de 14 de diciembre); Reglamento (CE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios; así como, diversos Reglamentos Delegados y de Ejecución en ámbitos específicos. Véanse también: la Directiva 2000/13/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de marzo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (DOUE L 109 de 6 de mayo 2000, cuyo texto ha sido modificado por diversas disposiciones normativas: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/consumers/product\\_labelling\\_and\\_packaging/121090\\_es.htm#amendingact](http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/product_labelling_and_packaging/121090_es.htm#amendingact)); y la Directiva 90/496/CEE, del Consejo, de 24 de septiembre, relativa al etiquetado de propiedades nutritivas de los productos alimenticios (DOUE L 276 de 6 de octubre 1990, cuyo texto ha sido modificado por diversas disposiciones normativas: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/consumers/product\\_labelling\\_and\\_packaging/121092\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/product_labelling_and_packaging/121092_es.htm)).

alimenticio<sup>27</sup>, es decir sobre la mayor información que se ofrece de la identidad del producto en relación con la indicación del lote al que pertenece; el Real Decreto 1334/1999 respecto a la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios<sup>28</sup>, del que actualmente están en vigor las referencias sobre el lote y la lengua que ha de emplearse en el etiquetado; el Real Decreto 1801/2008, por el que se establecen normas relativas a las cantidades nominales para productos envasados y al control de su contenido efectivo<sup>29</sup> y cuya finalidad es conferir mayor libertad a los fabricantes para suministrar productos en razón de los gustos y preferencias de los consumidores y mejorar la competencia en cuanto a la calidad y precio de los mismos; el Real Decreto 126/2015 sobre la información alimentaria de estos productos que se presenten sin envasar para la venta al consumidor final y a las colectividades, de los envasados en los lugares de venta a petición del comprador, y de los envasados por los titulares del comercio al por menor<sup>30</sup> para mejorar la información alimentaria que se facilita a los consumidores; y ciertas disposiciones de la Ley 28/2015 para la defensa de la calidad alimentaria<sup>31</sup>. Siendo estas previsiones normativas de carácter especial en razón del producto al que se refieren, los alimenticios.

En consecuencia, en la medida en que la comunciación comercial que se haga de un producto agroalimentario y nutricional no respete las previsiones particulares determinadas por las propias características que lo distinguen, se estaría incurriendo en el supuesto recogido en

---

<sup>27</sup> Real Decreto 1808/1991, de 13 de diciembre, por el que se regulan las menciones o marcas que permiten identificar el lote al que pertenece un producto alimenticio (BOE 308, de 25 de diciembre).

<sup>28</sup> Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (BOE 202, de 24 de agosto).

<sup>29</sup> Real Decreto 1801/2008, de 3 de noviembre, por el que se establecen normas relativas a las cantidades nominales para productos envasados y al control de su contenido efectivo (BOE 266, de 4 de noviembre).

<sup>30</sup> Real Decreto 126/2015, de 27 de febrero, por el que se aprueba la norma general relativa a la información alimentaria de los alimentos que se presenten sin envasar para la venta al consumidor final y a las colectividades, de los envasados en los lugares de venta a petición del comprador, y de los envasados por los titulares del comercio al por menor (BOE 54, de 4 de marzo).

<sup>31</sup> Ley 28/2015, de 30 de julio, para la defensa de la calidad alimentaria (BOE 182, de 31 de julio).

la norma general de publicidad de manera expresa y, en consecuencia, la práctica publicitaria se calificaría de ilícita y desleal.

Asimismo, la norma de competencia desleal ha supuesto la unificación del sistema de acciones judiciales y las normas procesales que pueden interponerse en materia de comportamientos desleales y de prácticas publicitarias<sup>32</sup>. En primer término, se establece el ejercicio de la acción declarativa de la ilicitud del comportamiento en el mercado en los supuestos en los que el perjuicio ocasionado se mantenga al momento de su interposición. Por otro lado, se reconoce la posibilidad de ejercer las acciones de cesación de la práctica o, cuando corresponda, la prohibición de la misma, en cuanto que aún no se ha llevado a cabo; y la de rectificación en los planteamientos en los que se enjuicien informaciones que sean engañosas, incorrectas o falsas. En otro sentido, la acción de remoción de los efectos que se hubieran producido, es decir que se vuelva a la situación inicial existente antes de realizar el comportamiento contrario a la competencia. Se trata, por tanto, de solicitar las medidas necesarias a fin de que desaparezcan los efectos que el acto desleal hubiera provocado. A estas acciones judiciales, se añade la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieran generado cuando se estime que la práctica se ha llevado a cabo de forma dolosa o culpable por parte del que la ejerce; así como, la acción de enriquecimiento injusto, reconocida únicamente respecto de los comportamientos que impliquen una lesión de la posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de contenido económico equivalente. El ejercicio de las referidas acciones judiciales, además, puede llevar aparejado el acuerdo de la publicación de la sentencia resolutoria por parte del tribunal encargado del enjuiciamiento de la conducta.

La interposición de las acciones indicadas, como es sabido, precisa que el sujeto esté debidamente legitimado para ello. En tal sentido, corresponde la legitimación activa para su interposición a los sujetos que participen en el mercado y cuyos intereses económicos resulten dañados

---

<sup>32</sup> Art. 32 de la LCD y se derogan las especialidades en materia de medidas cautelares y medios de prueba. La prescripción de dichas acciones va a ser de un año desde el momento en que se pudieron ejercitar y el que resulte legitimado para su ejercicio tenga conocimiento de la persona que llevó a cabo el acto enjuiciado (art. 35 de la LCD).

o amenazados directamente<sup>33</sup>. Aunque también es posible que sean ejercitadas por asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de los intereses económicos de sus miembros que resulten afectados, asociaciones de consumidores y usuarios; y los órganos que en el ámbito comunitario, estatal, autonómico o local, sean competentes en materia de defensa de los consumidores sobre actos desleales y prácticas restrictivas de la competencia; y el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

En lo concerniente a la legitimación pasiva, el ejercicio de estas pretensiones se va a llevar a cabo contra el sujeto que ha realizado el comportamiento contrario a la leal competencia en el mercado o, en su caso, hubiera cooperado para que el acto ilícito se pudiese ejercer en el mercado. En un sentido similar, los trabajadores y colaboradores del empresario que realicen sus actuaciones en el marco de las competencias y obligaciones asumidas en la relación contractual con el principal, las acciones declarativas, de cesación, remoción y rectificación deberán interponerse contra este último. De manera específica, la acción de resarcimiento de los daños ocasionados y la de enriquecimiento injusto se dirigirá al que ocasionó el perjuicio de acuerdo con las previsiones del Derecho común.

### III. LA VENTA A PÉRDIDA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS

Un comportamiento que suele estar generalizado en el comercio de productos agroalimentarios y en la tutela de los intereses de los consumidores es la *venta a pérdida*<sup>34</sup> que –en líneas generales– consiste en de-

---

<sup>33</sup> Art. 33 de la LCD. En el caso de un supuesto de publicidad ilícita la legitimación se extiende a cualquier persona (física o jurídica) afectada y a quienes tengan un derecho subjetivo o interés legítimo.

<sup>34</sup> Art. 17 de la LCD y art. 14 de la LOCM (precepto al que recurre la Agencia de Información y Control Alimentarios (AICA) en el ámbito agroalimentario). Para ampliar la materia: Fernando CARBAJO CASCÓN, “La prohibición de la venta con pérdida de competencia desleal y la ley de ordenación del comercio minorista”, en Estudios sobre consumo, n° 48, 1999, pp. 147-154; José M<sup>a</sup>. OTERO LASTRES, “Actos relevantes de competencia desleal: confusión, imitación y venta con pérdida”, en “Propiedad industrial y competencia desleal: perspectiva comunitaria, mercados virtuales y regulación procesal”, (coord. MARTÍN MUÑOZ), Madrid, 2001, pp. 63-98; Benjamín, PEÑAS

terminar un precio bajo coste del producto o de adquisición (conocidos como ‘productos reclamo’), siempre que con ello se induzca o se pueda inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento, cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un bien o establecimiento ajenos y cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

En este planteamiento, y aun cuando se reconoce constitucionalmente para los que desarrollan una actividad empresarial la libre fijación de precios<sup>35</sup>, la singularidad de la conducta que nos ocupa es que se determina un precio bajo coste del producto o de adquisición induciendo a error a los consumidores (o pudiendo hacerlo). Por consiguiente, para que la venta a pérdida resulte desleal no sólo se requiere la comercialización del producto del sector agroalimentario a un precio bajo de forma continuada y sin que ello tenga una justificación competitiva determinada y objetiva (rebajas o promociones específicas), sino además que se haga con la pretensión de afectar al resto de competidores existentes o potenciales en el mercado, o con la intención de que –en su caso– éstos tengan que salir de ese mercado; y, al mismo tiempo, que con ello se induzca a error a los consumidores. Este último aspecto, se refie-

---

MOYANO, “La venta a pérdida como acto de competencia desleal”, en “Distribución comercial y derecho de la competencia”, (dirs. VIERA GONZÁLEZ/ ECHEVARRÍA SÁENZ), Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 589-620; VÁZQUEZ RUANO, “Aspectos de competencia”, pp. 435-440.

<sup>35</sup> Art. 38 de la Constitución española. Véanse CARBAJO CASCÓN, “La prohibición de la venta”, pp. 147-154; Luis M<sup>a</sup>, ESTEBAN RAMOS, “La prohibición de la venta a pérdida en España tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 19 de octubre de 2017”, en Revista de derecho de la competencia y la distribución, n° 23, 2018; Pedro GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La compleja regulación de la venta a pérdida en el Derecho Español y la necesidad de su reforma. A propósito de la STJUE de 19 de octubre de 2017”, en Diario La Ley, n° 9116, 2018; Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, “El TJUE declara incompatible con el Derecho de la UE la prohibición general de la venta a pérdidas (la sentencia “Europamur Alimentación)””, en Unión Europea Aranzadi, n° 2, 2018; Felipe PALAU RAMÍREZ, “El ocaso de la prohibición de la venta a pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: la relevancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, ‘Europamur Alimentación, S.A.’”, en “Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad”, (dirs. MIRANDA SERRANO/ COSTAS COMESAÑA), Madrid, 2018, pp. 107-125; PEÑAS MOYANO, “La venta a pérdida”, pp. 589-620; Nemesio VARA DE PAZ, “La venta con pérdida”, en Cuadernos de derecho y comercio, n° 54, 2010, pp. 107-187.

re a la inducción a error sobre el nivel de precios de las restantes prestaciones ofrecidas en el establecimiento, el desprestigio de los productos vendidos a pérdidas o la imagen de otros establecimientos, o que tenga una finalidad predatoria. La razón de esta previsión consideramos que hay que entenderla en relación con la tutela de la capacidad productiva, la cual puede verse dañada o perjudicada por la venta a pérdida del producto de que se trate. Circunstancia que permite negar la deslealtad de la venta a pérdida que da lugar a una privación de cuota de mercado, pero que permite a los competidores afectados mantenerse en él; así como, la que impide la promoción de un nuevo producto o elimina del mercado un producto establecido, sin que ello ponga en riesgo la estabilidad comercial del que lo oferta. En consecuencia, la venta a pérdida se reputará desleal si se cumplen de manera rigurosa los presupuestos que expresa y exhaustivamente se han indicado.

Hay que tener en cuenta que la práctica de venta a pérdida que nos ocupa no sólo contaba en nuestro ordenamiento con una referencia en la LCD, sino también está prevista en la regulación del comercio minorista. Teniendo ambos textos normativos un ámbito de tutela diferenciado, pero que hemos de considerar complementario. En el primer caso, el artículo 17 hace referencia a la venta a pérdida con el siguiente tenor:

- 1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.*
- 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.*

En cuanto a la norma que regula las actividades profesionales de ofertas de ventas a destinatarios finales, se prohibía la venta de un producto con un precio inferior al de adquisición según factura (deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en ella) o al de reposición si fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los

*impuestos indirectos que graven la operación.* Por tanto, lo que se trataba de proteger es la actividad empresarial en el ámbito del comercio minorista y los intereses de los consumidores, resultando estas disposiciones más próximas a la protección de los mismos en la medida en que incluye un elenco de sanciones administrativas y no precisa que el comportamiento tenga una especial repercusión en el mercado. Aunque, el recurso a esta limitación quedaba exceptuado en los supuestos de alineamiento de precios o, lo que es lo mismo, que se venda por debajo del precio de adquisición cuando la venta se dirija a perseguir los precios de un competidor, y en los casos en los que los productos objeto de la venta a pérdida sean perecederos y esté próxima la fecha de caducidad.

No obstante lo anterior, respecto de la regulación de la ordenación del comercio minorista, el TJUE en la Sentencia (Sala Quinta) de 19 de octubre de 2017 -procedimiento prejudicial C-295/16, caso Europamur Alimentación S.A.- declaró que la disposición nacional que prohíbe de forma general ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida se opone a las previsiones contenidas en la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior<sup>36</sup>. En el sentido de que no son admisibles prohibiciones generales de realizar ventas con pérdida más limitativas que las recogidas en la norma comunitaria, aun cuando los Estados miembros traten de garantizar la protección de los consumidores, y que la deslealtad de la venta con pérdida habrá de ser precisada en cada caso concreto.

Conclusión que ha llevado a nuestro legislador a incluir la modificación de la regulación contenida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sobre la venta a pérdida o con pérdida (y no en la Ley 12/2013 de medidas para la mejora del funcionamiento de la Cadena Alimentaria, como se preveía), mediante el Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competi-

---

<sup>36</sup> STJUE (Sala Quinta) de 19 de octubre de 2017, Asunto C-295/16 (ECLI:EU:C:2017:782). Europamur Alimentación S.A. contra Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sobre la petición de decisión prejudicial planteada por Juzgado Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia. La Administración regional impuso a Europamur una multa por haber incumplido la prohibición del artículo 14 de la LOCM.

vidad económica en el sector de la industria y el comercio en España, al objeto de fomentar la competitividad industrial a través de acciones como la mejora de la productividad laboral, la reducción del coste energético o el refuerzo de la seguridad industrial.

En concreto, la actual regulación establece la prohibición de las ventas a pérdida que se encuadren en las prácticas desleales de las empresas, a saber: *cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento; tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno; forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado; añadiendo, asimismo, la deslealtad de la venta a pérdida que 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.* Esto es, cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura o al de reposición *si fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación.*

En definitiva, se ha eliminado la prohibición general de la venta a pérdida y se han incluido ciertas limitaciones. Asimismo, se impone la carga de la prueba a la administración que, para poder sancionar, debe acreditar que la venta a pérdida incurre en uno de los supuestos que se recogen de manera taxativa.

Tratándose la venta a pérdida de un supuesto desleal, conviene aludir a la posible aplicación del falseamiento de la competencia *antitrust* y que se refiere a los actos de competencia desleal que afecten al interés público<sup>37</sup>. La repercusión del comportamiento desleal ha a ser de tal magnitud que traiga como consecuencia el perjuicio del interés general, dando lugar a una práctica anticompetitiva. Razón que implica la necesidad de que se valoren dos presupuestos, a saber: que concurra un acto ilícito por desleal y que su ejecución afecte al interés público. Respecto

---

<sup>37</sup> Art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 159, de 4 de julio). Sobre ello, VÁZQUEZ RUANO, “Aspectos de competencia”, pp. 423-440.

del mercado de productos agroalimentarios, un empresario ha de llevar a cabo una práctica desleal como las aludidas (engaño, comparación desleal, venta a pérdida o cualquier otro) y que su repercusión suponga un perjuicio relevante y significativo que afecte al interés general. En este planteamiento, la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia podrá enjuiciar su ilicitud desde la perspectiva de los comportamientos anticompetitivos<sup>38</sup>.

Sin embargo, quedan fuera de la aplicación de las limitaciones indicadas las conductas que resulten de la aplicación de una ley; las que por su escasa importancia, no afecten de manera significativa a la competencia en el mercado nacional; y las que se refieran a acuerdos, decisiones o prácticas que –cuando lo requiera el interés público– queden excluidas porque no concurran en la misma las condiciones requeridas o porque resulten ser una de las excepciones previstas. Este último aspecto, es el que consideramos de mayor alcance en la práctica en relación con las políticas de comercialización y distribución de productos agroalimentarios. Fundamentalmente porque los operadores económicos van a tratar de amparar sus estrategias empresariales en el beneficio que con ello se proporciona al interés general<sup>39</sup>.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- “Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad”, (dirs. MIRANDA SERRANO/ COSTAS COMESAÑA), Madrid, 2018.
- “Análisis de la reforma del régimen legal de la competencia desleal y la publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre”, (coord. ARMIJO CHÁVARRI), Madrid, 2011.
- “Distribución comercial y derecho de la competencia”, (dirs. VIERA GONZÁLEZ/ ECHEVARRÍA SÁENZ), Wolters Kluwer, Madrid, 2011.

---

<sup>38</sup> Disposición Adicional 2ª de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia.

<sup>39</sup> Resulta de interés la Sentencia de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 20 de enero de 2010, sobre el caso de la *Compañía Española de Comercialización de Aceite S.A. (Cecasa)* y que la autoriza a seguir con su actividad. Así, *Cecasa* puede operar libremente en el mercado e intervenir en el mismo almacenando aceite con financiación privada.

- ”El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa”, (edits. GÓMEZ SEGADE/ GARCÍA VIDAL), Madrid, 2010.
- “Propiedad industrial y competencia desleal: perspectiva comunitaria, mercados virtuales y regulación procesal”, (coord. MARTÍN MUÑOZ), Madrid, 2001.
- “Estudios Homenaje al profesor Menéndez”, vol. I, Madrid, 1996.
- Fernando CARBAJO CASCÓN, “La prohibición de la venta con pérdida de competencia desleal y la ley de ordenación del comercio minorista”, en Estudios sobre consumo, n° 48, 1999.
- José M<sup>a</sup> DE LA CUESTA RUTE, Curso de Derecho de la Publicidad, 2<sup>a</sup> edic., Pamplona, 2002.
- Luis M<sup>a</sup>, ESTEBAN RAMOS, “La prohibición de la venta a pérdida en España tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 19 de octubre de 2017”, en Revista de derecho de la competencia y la distribución, n° 23, 2018.
- Carlos FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”, en Revista Autocontrol de la Publicidad, n° 108, 2006.
- Domingo FERNANDEZ UCLÉS/ Enrique BERNAL JURADO/ Adoración MOZAS MORAL/ Miguel MEDINA VIRUEL, Encarnación MORAL PAJARES, “El sector cooperativo oleícola y el uso de las TIC: un estudio comparativo respecto a otras formas jurídicas”, en REVESCO, n°120, 2016, pp. 53-75.
- Pedro GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La compleja regulación de la venta a pérdida en el Derecho Español y la necesidad de su reforma. A propósito de la STJUE de 19 de octubre de 2017”, en Diario La Ley, n° 9116, 2018.
- Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, “El TJUE declara incompatible con el Derecho de la UE la prohibición general de la venta a pérdidas (la sentencia “Europamur Alimentación”)”, en Unión Europea Aranzadi, n° 2, 2018.
- Ana Isabel JIMÉNEZ ZARCO/ M<sup>a</sup> del Pilar MARTÍNEZ RUIZ, “La potenciación del origen en las estrategias de marketing de productos

- agroalimentarios”, en *Boletín económico de ICE*, nº 2880, 2006, pp. 13-30.
- Carlos LEMA DEVESA, “La publicidad engañosa en el moderno Derecho español”, en “*Estudios Homenaje al profesor Menéndez*”, vol. I, Madrid, 1996, pp. 869-886.
- José MASSAGUER FUENTES, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2006.
- José M<sup>a</sup>. OTERO LASTRES, “Actos relevantes de competencia desleal: confusión, imitación y venta con pérdida”, en “*Propiedad industrial y competencia desleal: perspectiva comunitaria, mercados virtuales y regulación procesal*”, (coord. MARTÍN MUÑOZ), Madrid, 2001, pp. 63-98.
- Felipe PALAU RAMÍREZ, “El ocaso de la prohibición de la venta a pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: la relevancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, ‘Europamur Alimentación, S.A.’”, en “*Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*”, (dirs. MIRANDA SERRANO/ COSTAS COMESAÑA), Madrid, 2018, pp. 107-125.
- Benjamín, PEÑAS MOYANO, “La venta a pérdida como acto de competencia desleal”, en “*Distribución comercial y derecho de la competencia*”, (dirs. VIERA GONZÁLEZ/ ECHEVARRÍA SÁENZ), Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 589-620.
- Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA, “Art. 4. La cláusula general prohibitiva de la competencia desleal”, en “*Análisis de la reforma del régimen legal de la competencia desleal y la publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre*”, (coord. ARMIJO CHÁVARRI), Madrid, 2011, pp. 29-37.
- Gerardo RUIZ-RICO RUIZ, “La libertad de empresa en la constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 215, 1995, pp. 223-258.
- Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “La ampliación del concepto de competencia desleal”, en “*El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández- Nóvoa*”,

(edits. GÓMEZ SEGADE/ GARCÍA VIDAL), Madrid, 2010, pp. 398-399.

Anxo TATO PLAZA, La publicidad comparativa, Madrid, 1996.

Anxo TATO PLAZA/ Pablo FERNÁNDEZ CARBALLO- CALERO/ Christian HERRERA PETRUS, La reforma de la ley de competencia desleal, La Ley, Madrid, 2010.

Ana M<sup>a</sup>. TOBÍO RIVAS, “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, en Revista de Derecho Mercantil, n<sup>o</sup> 237, julio-septiembre, 2000, pp. 1155-1208.

Nemesio VARA DE PAZ, “La venta con pérdida”, en Cuadernos de derecho y comercio, n<sup>o</sup> 54, 2010, pp. 107-187.

Trinidad VÁZQUEZ RUANO, “Aspectos de competencia en la comercialización de productos agroalimentarios”, en Actas de Derecho Industrial, n<sup>o</sup> 38, 2017/18, pp. 423-440.

“Consideraciones de derecho de la competencia en materia de autorregulación”, en Actas de Derecho Industrial, n<sup>o</sup> 36, 2015/16, pp. 281-306.