

FORO DE ACTUALIDAD

ESPAÑA

RASGOS GENERALES Y PRINCIPALES NOVEDADES DE LA REFORMA DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

Rasgos generales y principales novedades de la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista

La transposición de la Directiva comunitaria de servicios en el mercado interior en el marco general regulador de la distribución comercial en España por medio de la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista («LOCM») ha implicado, en esencia, dos consecuencias relevantes. Por un lado, la eliminación, con carácter general, de la necesidad de autorización previa para la instalación de establecimientos comerciales y la transposición de los principios informadores de los supuestos en los cuales la autoridad competente puede, de manera excepcional, exigir dicha autorización con arreglo al principio de proporcionalidad. Por otro lado, la identificación y caracterización de una nueva modalidad de venta (la venta «outlet»), dirigida a deslindar su régimen jurídico del previsto en la LOCM para las ventas de saldos.

Además de los rasgos generales y el contexto de la reforma de la LOCM, esta nota reseña, brevemente, las razones de política jurídica que subyacen en las dos principales novedades apuntadas.

Introducción

La adaptación del marco general regulador de la distribución comercial en España, trazado por la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (la «LOCM»), a los principios y normas contenidos en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (la «Directiva de Servicios») exigía una reforma de aquella ley, dirigida, por lo pronto, a adecuar su contenido a la supresión, como regla general, de la necesidad de autorización previa para

Main features and developments of the amendment of the Spanish Retail Trade Law

The consequences of the implementation of the EU Directive on services in the internal market within the scope the Spanish retail trade regulations by means of the amendment of Law 7/1996 («LOCM»), are twofold. The first is the removal, as a general rule, of the requirement to obtain a prior authorisation to set up commercial establishments and the specification of the circumstances under which a competent authority may exceptionally require an authorisation pursuant to the principle of proportionality. The second is the introduction of a new type of sales («outlet sales») for legal purposes, which aims to draw a clear line between the regulations governing these sales and sales of damaged or obsolete goods («saldos»).

After outlining the main features and context of the amendment of the Spanish Retail Trade Law, the paper focuses on the policy reasons behind the two relevant developments.

la instalación de establecimientos comerciales. Aca-so por la diversidad de intereses involucrados en el sector y, con toda seguridad, por la complejidad de la distribución de títulos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el legislador no ha optado por encauzar esta reforma por medio de la ley que ha asumido el grueso de la transposición sectorial de la Directiva de Servicios —a saber, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio («Ley Ómnibus») —, sino mediante un instrumento normativo específicamente dirigido a

este propósito: la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la LOCM.

Este tratamiento independiente de la reforma de la LOCM parece haber facilitado un espacio de discusión parlamentaria algo más flexible y atento a algunos de los problemas que subyacen bajo la regulación del comercio minorista —si bien, como es de ver de las distintas intervenciones en la Comisión de Industria, Turismo y Comercio del Congreso de los Diputados, limitado por un excesivo temor a sugerir cualquier reordenación de la articulación de las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de autorizaciones—, lo que ha permitido que, en el trámite de enmiendas, se introdujera una modificación al texto de la LOCM que, no obstante su lábil conexión con el objeto de la reforma principal, supone una innovación normativa de notable relevancia práctica.

De este modo, las novedades más significativas introducidas por la reforma de la LOCM residen, por un lado, y con carácter principal, en la modificación del régimen general de autorizaciones en materia de establecimientos comerciales; y, por otro, y de modo secundario, en la identificación y caracterización de una nueva modalidad de venta —la de excedentes de producción o de temporada (o ventas «outlet»)— y su debida distinción en relación con la venta de saldos. Además de las novedades que son objeto de desarrollo en esta nota, debe señalarse que la reforma de la LOCM contiene, asimismo, un conjunto de medidas de simplificación administrativa y una modificación del régimen de infracciones y sanciones (artículos 63 y siguientes de la LOCM).

Una reforma principal, pero de trascendencia práctica limitada: el régimen de autorizaciones en materia de establecimientos comerciales

Como no podía ser de otro modo, la principal novedad de la reforma de la LOCM consiste en la eliminación, con carácter general, de la necesidad de autorización previa para la instalación de establecimientos comerciales y la transposición de los principios informadores de la Directiva de Servicios en materia de autorizaciones administrativas. De este modo, la formulación de una regla general por la que —según la nueva redacción del artículo 6.1 de la LOCM— «*la instalación de establecimientos comerciales no estará sujeta a régimen de autorización comercial*» se acompaña de la posibilidad —de naturaleza excepcional, en buena lógica— de some-

ter dicha instalación a la concesión de una autorización, siempre que ello resulte justificado a la luz del juicio de proporcionalidad, cuya exigencia viene motivada por representar dicha autorización una restricción al derecho de libre establecimiento.

Los elementos que deben integrar el juicio de proporcionalidad en este particular caso —esto es, los elementos que determinan que la exigencia de autorización pueda considerarse adecuada, necesaria y equilibrada— se describen en el nuevo apartado 2.º del artículo 6, siguiendo los parámetros manejados en la propia Directiva de Servicios. Así, el enjuiciamiento debe atender a criterios fundados en «razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial», como lo serían —en una discutible enumeración— «*la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico*».

Resulta importante destacar que, en contraposición con lo que había sido práctica habitual en determinadas Comunidades Autónomas, el nuevo apartado 3.º del artículo 6 de la LOCM excluye, de forma explícita, del concepto de «razones imperiosas de interés general» cualquier exigencia o requisito de naturaleza económica; es decir, se excluye la posibilidad de que la exigencia de autorización se justifique por la autoridad competente en una necesidad económica o en una demanda en el mercado.

Del mismo modo, la justificación de las razones imperiosas de interés general por parte de la autoridad competente está sometida a un estricto deber de motivación y a unas exigencias formales, según las cuales la autoridad competente deberá publicitar los requisitos y criterios de concesión de la autorización «*con antelación*» y en términos «*claros e inequívocos [...], transparentes y accesibles*» (artículo 6.2 *in fine* LOCM).

Tanto la supresión, con carácter general, de la autorización o licencia comercial, como, sobre todo, la exclusión expresa de las razones económicas como razones imperiosas de interés general que justifiquen la exigencia de autorización, representan ciertamente modificaciones sustanciales y que están destinadas a desempeñar un papel relevante en la laboriosa tarea de liberalización del comercio interior español (estatal, autonómico y municipal). Mas no es menos cierto que la flexibilidad mostrada por el legislador estatal al trazar normativamente la excepción a la regla general y, más en particular, al recurrir a unos conceptos de carácter más bien proteico para iden-

tificar la existencia de una razón imperiosa de interés general, puede fomentar que las prácticas seguidas por determinadas comunidades autónomas con anterioridad al nuevo marco (des)regulador sigan encontrando acomodo, cuando menos formal, en éste; lo que sugiere que la inmediata trascendencia práctica de la reforma deba ser contemplada, en este aspecto, con especial prudencia.

Resulta oportuno indicar, finalmente, que las modificaciones a la LOCM en materia de autorizaciones incluyen otras medidas particulares, como: (i) la supresión de la autorización previa para ejercer la venta automática; (ii) la adecuación de la licencia municipal para las ventas ambulantes o no sedentarias (artículo 54 de la LOCM) a las exigencias de la Directiva de Servicios; y (iii) la adecuación de los requisitos para la actividad comercial en régimen de franquicia (artículo 62 de la LOCM) a la interpretación exigida por la jurisprudencia constitucional.

Una reforma secundaria, pero de notable trascendencia práctica: las ventas de excedentes de producción o de temporada («outlet»)

Entre las medidas incluidas en la reciente reforma de la LOCM, destaca, del modo en que ha quedado apuntado en la introducción, la modificación del apartado 1.º del artículo 28, dirigida a deslindar el concepto legal de venta de saldos de una nueva modalidad de venta, la venta de excedentes de producción o de temporada, también conocida como venta *factory* o *outlet*.

No resulta dudoso que, bajo esta particular reforma, cuya trascendencia práctica parece más tangible que las anteriormente reseñadas, subyace la incipiente voluntad legislativa de que la ordenación de la distribución comercial minorista en España se adecue a una nueva realidad en nuestro mercado, cuyo arraigo social y carácter innovador resultan innegables. En efecto, la venta *outlet* ha adquirido un notable auge en los últimos años, lo que puede explicarse, en esencia, por la confluencia de dos eficiencias bien conocidas. Por un lado, permite al empresario la realización razonable del valor de mercado de las existencias que no han podido ser vendidas en una determinada temporada o período de producción, y sin que ello implique una dilución de la imagen de su marca. Por otro lado, brinda al consumidor la oportunidad de adquirir a un mejor precio productos de marca reconocida, fenómeno que ha sido identificado —no sin algo de ingenuidad demiúrgica— como la «*democratización*

de las marcas». Tampoco puede ignorarse que el éxito de la modalidad de venta de excedentes de producción o de temporada (y el de las empresas que gestionan la explotación ordenada de estas ventas por medio de los llamados centros de fabricante) ha dinamizado las estructuras comerciales en zonas geográficas tradicionalmente excluidas del modelo comercial español, secularmente caracterizado por condensar el mercado en los núcleos urbanos más poblados.

No obstante su innegable tipicidad social y evidentes eficiencias asociadas a ella, la implantación de la modalidad de venta *outlet* en el mercado español se ha visto acompañada de una notoria falta de definición normativa de sus rasgos característicos. Y, precisamente al amparo de esta indefinición, no ha sido infrecuente la indebida asimilación de las ventas de excedentes de producción o de temporada a otras modalidades de venta, como, particularmente, la venta de saldos. Nótese, sin embargo, que, en esta última modalidad de venta, los productos ofertados poseen un valor de mercado manifiestamente reducido («*a causa del deterioro, desperfecto, desuso u obsolescencia de los mismos*», según el artículo 28.1 de la LOCM); mientras que, en la venta *outlet*, los artículos vendidos, correspondientes de ordinario a marcas renombradas, se encuentran en condiciones de calidad óptimas, a pesar de pertenecer a una temporada anterior. En definitiva, el consumidor tiene asumido el concepto de «saldo» como correspondiente a un producto considerablemente depreciado en su valor original, rasgo característico que es cabalmente el opuesto al del concepto *outlet*, que el consumidor asocia con un producto que mantiene su valor y en el que la disminución de su precio respecto al de la temporada anterior no responde al deterioro, desuso u obsolescencia, sino al hecho de integrarse en un negocio dirigido a dar salida a excedentes en buenas condiciones y de manera singularmente respetuosa con la imagen de la marca.

Coherente con ello, el artículo 28.1 de la LOCM dispone, en su nueva redacción, que el mero hecho de que el producto sea un excedente de producción o de temporada no determina que la modalidad de venta bajo la que se ofrece dicho producto sea una venta de saldos (sin perjuicio, claro está, de que lo sea por su deterioro, desuso u obsolescencia). Se establece, de este modo, una clara distinción conceptual normativa entre la venta de saldo y la venta *outlet*, de la que se desprenden tres consecuencias importantes: (i) el régimen jurídico (público y privado) previsto en el ordenamiento español (autonómico y estatal) para las ventas de saldos no es de

aplicación para las ventas de excedentes de producción o de temporada; (ii) aquel que venda saldos —esto es, productos deteriorados, con desperfectos u obsoletos— no puede recurrir a la denominación *outlet* o *factory* (arg. *ex art.* 18.2 de la LOCM); y (iii) aquel que venda excedentes de producción o de temporada que no estén deteriorados, tengan desperfectos o sean obsoletos no podrá realizar ventas al público con pérdida (arg. *ex art.* 14.1 de la LOCM).

Como se observa, el alcance de la reforma del artículo 28.1 de la LOCM no se ciñe a una mera delimitación neutral de tipos contractuales. De conformidad con el título competencial sobre el que descansa el citado precepto —la competencia exclusiva del Estado para regular el Derecho mercantil de la competencia—, dicha reforma se interpreta como el correlato lógico de una decisión de política legislativa dirigida a desincentivar determinadas prácticas comerciales desleales que restringen la competencia en el mercado. Y es que, como ha quedado apuntado, la falta de delimitación de una venta con una notable tipicidad

social, como la de excedentes de producción o de temporada, respecto de aquellas otras modalidades de venta que sí cuentan con un reconocimiento normativo de su definición y de sus particularidades ha motivado un uso abusivo de la denominación *outlet* para identificar, en el ámbito de la distribución comercial, un establecimiento o una venta de productos de saldo, lo que ha resultado idóneo para inducir al error a los consumidores y para desincentivar la eficiencia en las propias prestaciones. De este modo, la inserción en el ordenamiento jurídico-privado de una norma en la que fundar, de forma inequívoca, la distinción entre la venta de saldos y la venta *outlet* enlaza, de forma razonable y coherente, con los principios de competencia económica que se desprenden del orden económico constitucional y que, hasta la fecha, no siempre habían sido debidamente ponderados en la intervención legislativa en el ámbito de la regulación de la distribución comercial minorista.

CARLES VENDRELL CERVANTES*

* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).