

InDret

*Frau de Llei, Teoria de la Interpretació i Regulació
de Preus Mínims*

Fernando Gómez Pomar
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm.: 230
Barcelona, juliol de 2004
www.indret.com

Sumari

1. Frau de llei, interpretació de la llei i una il·lustració
2. La norma prohibitiva eludida: el preu fix en els llibres
3. Les raons del preu fix
4. Interpretació extensiva o restrictiva de la prohibició de descomptes i teoria de la interpretació de la llei
5. Conclusió
6. Bibliografia

1. Frau de llei, interpretació de la llei i una il·lustració

La noció que es coneix habitualment amb el terme de frau a la llei apareix com a concepte general rellevant en diferents sectors del sistema jurídic espanyol –civil, tributari, processal, internacional privat- tant en el seu reconeixement normatiu [art. 6.4 CC; art. 15 Llei General Tributària; art. 12.4 CC; art. 3.3 Conveni de Roma (Conveni sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals, realitzat a Roma el 19 de juliol de 1980); art. 11.2 LOPJ] com en el seu tractament doctrinal¹.

No obstant això, almenys en Dret privat, la vida independent del frau a la llei com a instrument conceptual que permet millorar la comprensió de la relació entre autonomia privada i regulació legal imperativa està qüestionada molt seriosament en el pla teòric des de molt de temps. A partir de finals del segle XIX, la doctrina del sistema jurídic més influent de l'Europa dels últims dos segles, la doctrina alemanya, ja ha anat progressivament advocant la necessitat i conveniència de comptar amb una institució pròpia del frau a la llei i per la seva consideració pura i simple com un problema d'interpretació de la llei². En aquest mateix número d'InDret, Pablo SALVADOR, Albert AZAGRA i Antonio FERNÁNDEZ CRENDE (http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/229.pdf) analitzen àmpliament la situació doctrinal en Dret privat, tant a Alemanya com a Espanya, en relació amb el negoci en frau de llei. He d'afegir molt poca cosa a la seva anàlisi, excepte la meua coincidència plena amb el seu dictamen que el consens entre la privatística alemanya (potser serà menor en l'espanyola, o almenys no tan explícit) és clar al voltant de la figura del frau a la llei, i es pot resumir en el *dictum* de Werner FLUME: ja no hi ha espai per a una doctrina especial del negoci en frau a la llei³.

En el present treball la meua intenció és il·lustrar amb una aplicació dins el Dret privat espanyol, aquesta idea de la substancial identitat entre el problema del frau a la llei i el de la interpretació de les normes imperatives, i com les directrius per a una adequada realització d'aquesta última tasca constitueixen l'instrument que pot aportar més llum als casos problemàtics de frau a la llei, com a mínim en Dret privat.

¹ Vegeu, com a exemple, els manuals de Part General del Dret civil que contenen encara capítols o seccions dedicades al frau a la llei. Per tots, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ/ Pedro DE PABLO CONTRERAS/ Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ i María Ángeles PARRA LUCÁN (2001), *Curso de Derecho civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona*, 2a edició, Colex, Madrid.

² Una síntesi molt interessant de les vicissituds conceptuals del frau a la llei a la teoria del Dret alemanya fins a la meitat del segle passat, a Jan SHRÖDER (1985), *Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung. Das Umgehungsgeschäft in der rechtswissenschaftlichen Doktrin von der Spätaufklärung bis zum Nationalsozialismus*, Ferdinand Schöningh, Paderborn-München-Wien-Zürich. La tesi de Schröder consisteix en què l'abandonament de la consideració independent del frau a la llei respon al canvi de visió de la tasca del jutge en relació amb la funció interpretativa, i al progressiu triomf d'aproximacions interpretatives més objectivistes i, al mateix temps, menys restringides en els seus mètodes i cànons. La tesi, tot i que formulada en termes d'història de les idees jurídiques, és exquisidament pragmatista: com més llibertat interpretativa, podríem dir, menys necessitat per als juristes d'instruments extrainterpretatius per a resoldre els casos dubtosos. Una anàlisi més detallada de l'evolució de la interpretació jurídica en aquell temps (de nou, basada en Alemanya), es pot consultar profitosament en una altra obra més recent de Jan SHRÖDER (2002), *Recht als Wissenschaft*, Beck, München.

³ Werner FLUME (1992), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft*, 4a edició, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, p. 350.

Amb aquesta finalitat, em sembla que un dels grups de casos de presumpte frau a la llei més destacats en la jurisprudència del Tribunal Suprem dels últims anys és el que es refereix a la presumpta vulneració de la legislació sobre el preu fix de venda al públic dels llibres que suposa la utilització d'obsequis o promocions en la venda de llibres per part dels grans magatzems o grans superfícies. Encara que la jurisprudència és ja extensa, tant en primera instància, com en apel·lació, com en el Tribunal Suprem, condensarem els elements essencials d'aquesta constel·lació de casos utilitzant els de les sentències STS, 1a, 31.3.1999 (Ar. 1720) i STS, 1a, 31.3.2000 (Ar. 1787).

El cas resolt en última instància per la primera és el següent:

Durant la Fira del Llibre (30 d'abril-11 de maig) de l'any 1991, El Corte Inglés, S. A. va portar a terme una campanya de promoció de venda de llibres, en la qual oferia al públic un descompte del 10% en el preu, més el regal d'un altre llibre. El Gremi de Llibrers de València havia autoritzat els descomptes (de quantia màxima de 10%) únicament al recinte firal, i el dia 23 d'abril a la Plaça de la Mare de Déu de la Ciutat de València. El Gremi de Llibrers demandà a El Corte Inglés, S. A., exercitant la pretensió de declaració de deslleialtat competencial de la conducta del demandat⁴, la condemna a la quantitat simbòlica de 5000 pessetes com a indemnització de danys i perjudicis, més la publicació de la sentència com a rescabament del dany moral.

El JPI de València estimà parcialment la demanda, declarant la deslleialtat competencial del demandat, però sense admetre la resta de pretensions. L'Audiència revocà la sentència del JPI deixant sense efecte la declaració de deslleialtat. El demandant interposà recurs de cassació, que estimà en part el TS. D'una banda, el TS admet que la utilització d'un descompte del 10% fora de l'espai físic de la Fira, delimitat com apte per als mateixos per l'acord del Gremi de Llibrers, a l'empara del Reial Decret 484/1990, de 30 de març, suposa una violació del preu fix en els llibres i, en conseqüència, una conducta deslleial d'acord amb l'art. 15 LCD. De l'altra, el TS no considera que la conducta promocional del demandat (descompte d'un 10% més el regal d'un altre llibre) sigui enganyosa, als efectes de l'art. 8 LCD, si bé es manifesta amb claredat en el sentit d'entendre que el demandat ha incorregut en una pràctica comercial "*contraria al espíritu de la legislación que establece y regula el sistema de precio fijo en la venta de libros....*".

El segon dels casos és molt semblant:

⁴ La Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (d'ara en endavant, LCD), a l'art. 15, estableix com a deslleial el fet de prevaler-se al mercat d'un avantatge comparatiu (significatiu) adquirit mitjançant la infracció de les lleis. Igualment, el mateix precepte considera deslleial la mera infracció de normes jurídiques que tinguin com a objecte l'activitat concurrencial. Les normes pretesament vulnerades en aquest cas són les de preu fix de venda al públic de llibres que es resumeixen a continuació. Sobre l'art. 15 LCD, Jesús ALFARO (1991), "Competencia desleal por infracción de normas", *Revista de Derecho mercantil*. En aparença el demandant pretenia també la declaració de deslleialtat concurrencial a l'empara de l'art. 8, apartats 1 i 2 LDC, que estableixen:

"1. La entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas se reputarán desleales cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal.

2. La oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal se reputará desleal cuando induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. Estas últimas circunstancias se presumirán verificadas cuando el coste efectivo de la ventaja exceda del quince por ciento del precio de la prestación principal."

Sobre aquest precepte, vegeu José MASSAGUER (1999), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cívitas, Madrid, p. 263-288.

A l'inici del curs escolar de l'any 1993, Continente, S. A. va realitzar una campanya de promoció de llibres de text en l'esmentat centre comercial, per la qual l'adquisició de llibres de text donaria dret a un obsequi (venda amb obsequi de l'art. 32 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista) consistent en vals intercanviables a l'hora de realitzar compres de qualsevol altre producte al mateix centre -diferent de llibres-, i per un import del 25% del preu dels llibres de text adquirits.

L'Associació Provincial de Llibreries i Papereries de la província de Lugo, presentà demanda contra Continente, S. A., qualificant la conducta d'aquesta empresa de "competencia desleal, cuando no realizada en fraude de ley o de mala fe", sol·licitant a l'empara dels arts. 5⁵ i 15 LCD, la cessació de la conducta esmentada. El JPI absolgué a la demandada, però l'Audiència revocà la sentència, condemnant a Continente, S. A. a la cessació de la conducta comercial en considerar-la deslleial (per vulneració de l'art. 15, de l'art. 8 LCD en relació amb l'art. 6.4 CC, i també de l'art. 5 LCD).

El TS estimà el recurs de cassació de la demandada, entenent que l'art. 15 LCD, l'art. 6.4 CC i l'art. 5 LCD s'havien aplicat indegudament. El raonament del FJ Segon es basa en la interpretació de la normativa aplicable al preu dels llibres, la Ley 9/1975, de 12 de marzo, de régimen especial para la promoción, producción y difusión del libro ⁶, i el Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, sobre precio de venta al público de libros ⁷, amb la conclusió que l'obsequi de vals no és descompte en el sentit usual i propi d'aquesta paraula, atès que el preu del llibre es desembossa íntegrament, encara que després es rebí un avantatge consistent en un obsequi. I com que la normativa sobre preu de llibres només prohibeix la pràctica de descomptes, i no d'obsequis, no es pot apreciar la seva vulneració directament. Tampoc, segons el TS, es pot apreciar aquesta vulneració a través de l'art. 6.4 CC, perquè suposa l'exercici legítim d'un dret de les empreses que actuen en el mercat: oferir obsequis per atreure clientela. Encara amb menys motiu, prossegueix el TS, cal parlar de conducta contrària a la bona fe, en relació amb l'art. 5 LCD.

La solució plantejada per la STS, 1a, 31.3.2000 ha estat confirmada en diferents sentències posteriors, emprant arguments similars o gairebé idèntics: SSTS, 1a, 4.10.2001 (Ar. 7541); 30.5.2002 (Ar. 4575); 30.10.2002 (Ar. 9315); 16.12.2002 (Ar. 10968). En definitiva, el TS entén que els obsequis de vals per a la compra de llibres no contradiuen, ni directament ni indirecta, la regulació del preu fix de venda al públic de llibres⁸.

2. La norma prohibitiva eludida: el preu fix en els llibres

L'exposició dels dos casos anteriors permet situar amb claredat la indagació sobre l'actuació "en frau a la llei" dels grans magatzems i grans superfícies que obsequien de diverses formes els compradors de llibres en els seus establiments en la interpretació de les normes positives que imposen un preu fix a la venda de llibres al públic. El raonament del TS en ambdues sentències deixa entreveure clarament que el nucli de la qüestió consisteix a interpretar quin és l'abast de la

⁵ L'art. 5 LCD conté la clàusula general de deslleialtat concurrencial de les conductes objectivament contràries a la bona fe.

⁶ BOE núm 63/1975, de 14 de març.

⁷ BOE núm 95/1990, de 20 d'abril.

⁸ Amb anterioritat, el Tribunal de Defensa de la Competència s'havia mostrat decididament partidari d'entendre que les campanyes de venda de llibres amb obsequi, regal o prima no vulneraven la normativa sobre preu dels llibres i no constituïen competència il·lícita: RRTDC 17.2.1993; 16.4.1993; 10.6.1993; 5.7.1994. El propi TDC publicà el setembre de 1997 un informe molt crític amb el preu fix dels llibres, recomanant vivament la seva supressió.

prohibició legal de practicar descomptes a l'hora de vendre llibres als consumidors⁹. Escollir una interpretació àmplia o extensiva (espiritualista, en el sentit de l'art. 3 CC, al qual sense cap dubte apunta la STS, 1a, 31.3.1999, FJ Tercer¹⁰, en afirmar que la pràctica comercial d'El Corte Inglés, S. A. "en sí misma considerada, se trata de una práctica comercial contraria al espíritu de la legislación que establece y regula el sistema de precio fijo en la venta de libros, con posibilidad de descuentos en casos muy concretos... De nada serviría la rigurosidad legal si tan fácil fuera eludirlo bajo el principio de que "lo no prohibido está permitido") o, ben al contrari, restrictiva i aferrada a la literalitat del text o materials legals, la qual cosa permetrà oferir una solució o una altra a aquest grup de casos.

En primer lloc, sense cap dubte, s'ha d'identificar quins són els textos legals aplicables. A Espanya, la regulació amb rang de llei és la que es conté en la preconstitucional Llei 9/1975, de 12 de març. El seu article 33 prescriu que la venda de llibres al públic "se realizará al precio fijo que figurará impreso en cada ejemplar. Reglamentariamente se determinarán los descuentos o bonificaciones que puedan aplicarse con ocasión del Día del Libro, ferias nacionales, congresos o exposiciones". El mateix precepte exceptua de la subjecció al preu fix els llibres de bibliòfil, els llibres artístics o anàlegs, i els editats abans de la promulgació de la Llei 9/1975.

El desenvolupament reglamentari d'aquestes previsions legals vigent en produir-se els casos de referència –i avui també– es troba en l'esmentat Reial Decret 484/1990. En l'art. 1, aquest Reial Decret imposa a qualsevol editor o importador de llibres l'obligació d'establir un preu fix de venda al públic o consumidor final, amb independència del lloc en què es realitzi la venda o del procediment a través del qual aquesta s'efectuï. Tanmateix, el precepte disposa que el preu de venda al públic podrà oscil·lar entre el 95% i el 100% del preu fix determinat per l'editor o importador. L'art. 3, per la seva banda, estableix els descomptes màxims que es podran aplicar respecte del preu fix en determinades circumstàncies. El descompte màxim serà d'un 10% amb ocasió de la Fira del Llibre, Dia del llibre i anàlegs, i d'un 15% en favor de biblioteques, arxius o centres docents.

Pel que fa a l'àmbit sancionador, la previsió de l'art. 8 és sorprenent, perquè ens diu que, sense perjudici de les responsabilitats administratives, la sanció s'establirà per les "accions locals" (sic)

⁹ Sens dubte, la interpretació de les normes sobre preu fix en els llibres determina la subsunció o no de la conducta comercial dels venedors sota els articles 15 i 5 LCD: si no hi ha hagut violació de normes, sinó conducta que no recau en prohibició legal, no pot haver deslleialtat per infracció de normes i, molt dubtosament, per conducta contrària a la bona fe. El resultat no quedaria predeterminat sota l'art. 8.2 LCD, atès que en aquest la deslleialtat concurrencial no pressuposa la violació de regles positives, sinó que permet apreciar com deslleials determinats descomptes en funció del seu impacte sobre les percepcions dels consumidors en relació amb el vertader caràcter de les alternatives disponibles en el mercat. Ara bé, l'aplicació o no d'aquest últim precepte no està lligada en especial als llibres (s'aplicaria, en abstracte, el mateix als llibres que a altres productes o serveis, com per exemple les bicicletes, els iogurts, o els serveis de missatgeria) ni a l'existència o inexistència d'una normativa presumptament eludida pel venedor, de manera que no té cap relació amb el problema del "fraud a la llei" i la seva possible dissolució en la interpretació de les normes presumptament vulnerades.

¹⁰ També alguna jurisprudència d'Audiències Provincials, entre les quals destaca la de l'Audiència Provincial de Lleó en la seva sentència de 24 d'octubre de 1994, diu que la qüestió se centra en la interpretació de conformitat amb l'art. 3 CC, és a dir, atendre a l'esperit i finalitat de la norma objecte d'interpretació i, en particular, el propòsit expressat en l'Exposició de Motius de la norma presumptament vulnerada, que fa referència a l'establiment en el sector del llibre d'una competència basada en factors diferents del preu.

que es puguin exercitar a l'empara de la legislació específica de competència deslleial per als supòsits d'obtenció dels avantatges competitiu adquirits mitjançant la infracció d'una norma jurídica. Les responsabilitats administratives es troben en la Llei 9/1975, concretament en els seus arts. 35 i 36. L'art. 35.3 qualifica d'infracció greu la venda al detall de llibres al públic realitzada en contra del que disposa l'art. 33, preveient l'art. 36 sancions de 10000 a 50000 ptes, a més de la suspensió (suposo que de l'activitat de venda) de 4 a 9 dies.

Cal advertir que Espanya no és una excepció a Europa pel que respecta al preu fix en els llibres. Altres països europeus imposen legalment un preu fix als llibres, com és el cas d'Alemanya, Àustria, França, Grècia i Portugal. Dinamarca, Holanda i Luxemburg, si bé no l'imposen mitjançant mesures legislatives, concedeixen validesa a acords entre els editors i distribuïdors amb el mateix efecte. Al contrari, Suècia (des de 1970) i Irlanda i Gran Bretanya (des de 1995) han eliminat el sistema, anteriorment en vigor, de preus mínims de venda dels llibres.

La normativa espanyola, i altres de similars, que imposen un preu fix de venda dels llibres per qualsevol minorista als consumidors finals és sorprenent comparant els seus trets essencials amb els d'altres productes, fins i tot amb d'altres caracteritzats, igual que el llibre, per un important component cultural¹¹.

En altres productes o serveis els preus no acostumen a fixar-se, per a tota la cadena de distribució, pel productor del bé, i, encara menys, aquesta fixació es troba recolzada amb una previsió legal específica, fonamentada fins i tot en sancions administratives. El preu de venda al públic es determina, en general, com a conseqüència de la competència entre els diferents esglaons de la cadena de distribució, inclosos els minoristes, de manera que els consumidors es beneficien de preus més baixos.

I encara més, la imposició pel productor de preus fixos de venda al públic és un dels exemples més obvis i reconeguts entre les anomenades restriccions verticals a la competència. Com tots sabem, l'enemistat de la teoria econòmica, així com del Dret de la competència, cap a les restriccions verticals, s'ha mitigat sensiblement en els darrers anys¹². Bona prova n'és el Reglamento del Consejo 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999¹³, sobre exención en bloque de restricciones verticales. No obstant això, la fixació de preus pel productor per a tota la cadena de distribució se segueix contemplant amb desfavorablement per part de les legislacions *Antitrust* a les dues bandes de l'Atlàntic. El mateix Reglament 2790/1999 inclou la fixació de preus entre la llista negra de clàusules prohibides que impedeixen l'exempció en bloc. I, als Estats Units, la tradicional il·legalitat *per se* de les clàusules de fixació de preus (*resale price maintenance*) imposada antigament (*Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U. S. 373 (1911)), s'ha vist

¹¹ No hi ha preu fix per als concerts de música clàssica, ni per als de música pop, ni per als CD amb música de qualsevol tipus, ni per a les entrades a museus o sales de teatre, per exemple. Dins dels béns i serveis de naturalesa cultural el preu fix dels llibres és una anomalia, no una regularitat.

¹² Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 32, per a Europa. Andy CHEN i Keith HYLTON (1999), "Procompetitive Theories of Vertical Control", 50 *Hastings Law Journal*, p. 575, per al Dret nord-americà. L'opinió comuna és que el canvi d'actitud en la teoria econòmica va precedir i va ser causalment rellevant per al canvi d'actitud en els respectius Drets de la competència.

¹³ DOCE L 336, de 29 de diciembre de 1999.

relaxada en favor d'una aproximació basada en la *rule of reason* (*State Oil Company v. Kahn*, 522 U. S. 3 (1997)), però el canvi s'exclou precisament per a la fixació de preus mínims de venda als consumidors finals.

No obstant això, el Tribunal de Luxemburg¹⁴ no ha condemnat la promulgació pels Estats Membres de mesures legislatives per les quals s'imposi que el preu de venda al públic dels llibres es fixi per l'editor o importador, sempre que això no suposi una restricció a la lliure circulació de mercaderies¹⁵.

3. Les raons del preu fix

En tot cas, l'anormalitat de les mesures normatives que estableixen de forma obligatòria el preu fix en els llibres condueix, de manera natural i potser inevitable a què ens plantegem la qüestió de la finalitat perseguida per aquestes mesures.

S'ha de començar per la pròpia confessió de l'autor de la norma. El legislador de 1975 no va ser gens explícit pel que fa als objectius i motivacions de la normativa del preu fix, però sí que ho va ser el reglamentador de 1990. De fet, en el Preàmbul al Reial Decret 484/1990 s'esmenten fins a tres propòsits perseguits per la política de preu fix obligatori per a tots els venedors al consumidor final: afavorir una oferta editorial i llibrera plural, així com una oferta culturalment plural, heterogènia i rica. Un argument, podríem dir, culturalista.

A continuació, no obstant això, en el Preàmbul s'empra un argument exquisidament econòmic: la fixació de preus per l'editor permetrà que la competència entre establiments minoristes de diferent grandària s'estableixi sobre factors diferents al preu, possibilitant una oferta plural i un nombre més gran de punts de venda, en benefici del consumidor final, és a dir, del lector. En definitiva, se suposa que per als consumidors de llibres és desitjable que els minoristes competeixin en factors diferents del preu (amplitud d'oferta de títols, assessorament a la compra, comoditat i estètica dels punts de venda, etc.) i en eliminar-se la competència en preu, els venedors al detall no tindran altre remei que competir en aquells altres aspectes, amb el consegüent benefici del consumidor.

¹⁴ Sentència del TJCE de 10 de gener de 1985, Assumpte 229/83, "Associació de centres de distribució Édouard Leclerc c SARL "Au blé vert" i altres". Cal advertir, no obstant això, que el propi TJCE qualifica amb subtilesa la seva admissió, en emmarcar-la "en l'estat actual de la legislació comunitària i en absència d'una política de la competència en relació amb el comerç del llibre", a més de negar que la protecció de la creativitat i la diversitat cultural en cap cas es pugui emparar en l'art. 30 (antic art. 36 del Tractat).

¹⁵ De fet, la sentència Leclerc considerà contràries a l'art. 28 (antic art. 30) del Tractat algunes disposicions de la legislació francesa sobre el preu fix dels llibres, notablement l'obligació de dipòsit i la subjecció al preu fix de llibres exportats i després reimportats. En una sentència anterior, la Sentència del TJCE de 17 de gener de 1984, Assumptes 43/82 i 63/82, "VBVB i VBBB c Comissió", el Tribunal havia declarat contraris al Dret comunitari de la competència els acords de fixació de preus de venda al públic de llibres que afectaven els llibres en llengua neerlandesa, tant a Holanda com a la zona flamenca de Bèlgica. Sobre les dues sentències, vegeu Elena DESDENTADO (1998), "Precio de los libros y competencia desleal. Comentario a las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 18-III-1998 y de Sevilla de 21-XII-1996", 229 *Revista de Derecho mercantil*, p. 1254 i ss.

Finalment, amb menys rellevància, apareix l'argument de la competència deslleial: el preu fix impedeix conductes i actuacions competitives deslleials en el sector del llibre.

Analitzem breument la consistència interna d'aquests objectius o la de la seva relació amb el mitjà emprat -la fixació de preus legalment imposada-. Pel que fa a aquesta última línia d'argumentació, hem de rebutjar plenament la seva consistència. No res més que una simple excusa. No hi ha cap raó per entendre que els descomptes en preu en l'àmbit del llibre poden ser (lògicament, en absència de prohibició legal i de deslleialtat d'acord amb l'art. 15 LCD) més propicis a la deslleialtat concurrencial que els descomptes per exemple, en la fruita, el teatre o els viatges combinats. En si mateixos, fins i tot, podríem dir que la seva possibilitat d'afectar negativament la lleialtat en la competència és menor, atesa la radical fungibilitat dels exemplars d'un mateix títol, al contrari que en molts altres productes i serveis.

Pel que respecta a les bondats per als consumidors de la competència en factors diferents del preu, tampoc es poden sostenir amb caràcter general (tret dels factors de serveis en paral·lel o protecció d'imatge empresarial que s'esmenten més avall) ni per al comerç de llibres més específicament. No hi ha cap motiu a priori que faci desitjable restringir la competència en preu per tal que els minoristes hagin de concentrar tots els seus esforços competitius en altres dimensions del producte final al consumidor. Es beneficien de debò els consumidors si en comptes de poder adquirir els llibres a millor preu poden comptar amb sumptuosos establiments per adquirir-los? Ho dubto. En tot cas, en absència de greus asimetries informatives (que no semblen majors per als llibres que per a altres productes, i potser seran sistemàticament més petites) són els propis consumidors els que estan en millors condicions per apreciar quines dimensions del comerç de llibres (preu, assessorament, comoditat i qualitat d'instal·lacions, varietat de títols) són més apreciades, de manera que, en un marc de llibertat d'instruments competitius, els comerciants minoristes proporcionaran als seus clients la seva combinació preferida per part del consumidor marginal.

La varietat cultural té més substància com a fonament del preu fix. Es basa en un doble pressupòsit, normatiu en un aspecte, empíric en l'altre. El pressupòsit normatiu radica en el fet que la varietat és un bé social desitjable per si mateix en l'oferta de títols. Aquesta afirmació normativa és dubtosament discutible. Hi ha evidència històrica de què les societats culturalment més plurals i variades són més dinàmiques en tots els aspectes de la vida social, cultural i econòmica. Ara bé, no és tan segur que maximitzar la varietat sigui l'objectiu a perseguir. És possible que hi hagi un excés de varietat, en detriment, per exemple, de la qualitat. En altres paraules, probablement hi ha un punt òptim de varietat en els llibres d'una determinada classe, més enllà del qual el benestar social es redueix. El problema, per descomptat, és la determinació de quin és aquest nivell òptim de varietat. La possibilitat efectiva d'acostar-nos al seu coneixement és més que relativa¹⁶.

¹⁶ Vegeu, Stanley BESEN (1987), "New Technologies and Intellectual Property: An Economic Analysis", *Rand Corporation Note*, sobre les dificultats per definir el nivell òptim de varietat en un àmbit estretament relacionat amb el nostre, com és el de l'impacte de la propietat intel·lectual en el nombre i varietat de productes intel·lectuals.

Pel que fa a la dimensió empírica de l'argument, el Reial Decret 484/1990 suposa que el sistema de preu fix permet induir una varietat de títols més gran. Ara bé, aquesta és una qüestió empírica, encara més si, com fa el Preàmbul, no s'aclareixen els mecanismes pels quals el preu fix està en condicions de millorar la diversitat cultural en els llibres. Possiblement els autors del Reial Decret pensessin en dues vies, una que es refereix als llibrers, i una altra als editors. D'una banda, en garantir-se als minoristes un marge comercial gran, protegit de les pressions de la competència en preus, aquests venedors tindran menys incentius a retirar de les llibreries amb rapidesa els títols d'èxit no immediat, de venda lenta o "de fons". De l'altra, en tenir també els editors un preu alt garantit per als llibres d'èxit, amb el marge que obtenen amb els de gran tirada, poden subsidiar l'edició dels llibres de menor èxit, però de gran importància per a la diversitat cultural d'obres escrites¹⁷. Aquesta segona via es troba particularment necessitada del preu fix, s'acostuma a argumentar, a la vista de la notable incertesa que envolta les expectatives de triomf d'un determinat títol abans de la seva sortida al mercat¹⁸.

La resposta a la pregunta de si el preu fix augmenta o no apreciablement la varietat de títols només pot ser empírica. No sembla que existeixi (o almenys, jo no ho he trobat) evidència en un sentit o en un altre¹⁹, per la qual cosa la resposta definitiva no sembla possible ara, i s'ha de limitar la reflexió als arguments teòrics. En aquest àmbit, cap de les dues vies d'incidència del preu fix sobre la diversitat de títols sembla molt convincent. Pel que fa als llibrers, perquè el preu fix no els dóna incentius als llibrers per mantenir durant molt de temps en estoc els títols de poca sortida comercial. El marge els dóna beneficis, clar, però si una gestió més accelerada d'inventaris els permet reduir costos, ho faran, deixant sense validesa l'argument de l'incentiu a mantenir a la llibreria un fons ampli i variat. Quant als editors, el raonament tampoc és del tot convincent si es pensa que el seu marge no depèn *per se* del preu final, sinó del seu preu de venda als distribuïdors. Per exemple, si un minorista fa un descompte del 20% això no suposa que el preu que rep l'editor sigui inferior, per la qual cosa els seus incentius a apostar per la varietat no es veuen disminuïts. L'anterior es reforça pensant en l'escassa substituïbilitat entre títols diferents, la qual cosa fa que cada títol pateixi relativament poques pressions competitives dels altres títols.

Addicionalment a les motivacions ofertes pel propi Reial Decret 484/1990 se n'han proposat altres de diversa naturalesa, fonamentalment econòmica.

L'esmentat informe del Tribunal de Defensa de la Competència de 1997 menciona com a possible, encara que després la descarta, una motivació de caràcter marcadament econòmic, l'argument del

¹⁷ Vegeu una defensa econòmica d'aquest raonament a Jürgen BACKHAUS i Reginald HANSEN (2002), "Resale Price Maintenance for Books in Germany and the European Union: A Legal and Economic Analysis", a Clemens Esser i Michael Stierle (editors), *Current Issues in Competition Theory and Policy*, VWF, Berlin, p. 305-306.

¹⁸ Aquest argument del subsidi creuat entre els llibres d'èxit i els de qualitat intrínseca va ser un dels principals en el debat vuitcentista sobre la conveniència que existís un dret monopolístic com el dret d'autor sobre els productes intel·lectuals. Una síntesi d'aquesta polèmica, en el clàssic article d'Arnold PLANT (1934), "The Economic Aspects of Copyright in Books", 1 *Economica*.

¹⁹ L'Informe del Tribunal de Defensa de la Competència de 1997 no conté un estudi empíric, sinó solament una descripció de l'estructura del mercat de llibres a Espanya. L'estudi empíric més complet sobre la matèria (Jonathan BECK (2003), "Monopoly vs. oligopoly in the debate on resale price maintenance for books: a preliminary empirical result", Working Paper Humboldt-Universität zu Berlin) no ofereix un resultat conclouent.

double marge (*double marginalization*)²⁰. Es tracta d'un argument estàndard per sostenir l'eficiència i el caràcter no anticompetitiu de les fixacions del preu de venda pel productor per a tota la cadena de distribució: si tant el productor del bé²¹ com el venedor tenen poder de mercat, la fixació de preus separada per cadascú, en persecució del màxim benefici individual, comporta que el preu final de venda al públic sigui massa alt (superior al preu fixat per un productor monopolista que vengués directament al públic) i els beneficis d'ambdós, inferiors (el preu que maximitza el benefici és aquell que fixaria el monopolista venedor directe). Un instrument econòmic (encara que no l'únic) per eliminar aquest problema és precisament la fixació del preu de venda al públic per part del productor²².

L'inconvenient d'aquest argument per al preu dels llibres és precisament que en el sector detallista no s'aprecia amb caràcter general l'existència de poder de mercat que pugui donar lloc al dilema del doble marge. En el cas espanyol, la concentració en el tram minorista del comerç del llibre és molt reduïda, la qual cosa fa altament improbable el poder de mercat en aquest segment, i priva de sentit el raonament anterior per al mercat espanyol del llibre.

Altres arguments comuns en la teoria econòmica per sostenir l'ús no anticompetitiu de les restriccions verticals, com la fixació del preu, es refereixen a la necessitat de donar incentius a oferir serveis prevenda i postventa als consumidors, o a protegir la imatge i reputació del producte, que poden posar-se en perill amb una excessiva competència en preu entre els venedors al detall²³.

Penseu en la possibilitat que per als consumidors finals sigui rellevant la provisió de serveis addicionals al producte en si mateix per part dels minoristes, abans o després de l'adquisició del producte. Per exemple, la informació sobre l'ús del producte, quan aquest és complex, la presentació del producte o serveis de reparació postventa, quan el producte és d'ús continuat, són prestacions addicionals que els consumidors valoren (com millors siguin aquests serveis, més gran serà la demanda del producte) però són costoses per als minoristes, els quals hauran de contractar personal especialitzat a informar o reparar, o acomodar espais físics per a la reparació, etc. Pot succeir, llavors, que si la competència en preu entre detallistes és intensa, aquests puguin tractar de gorrejear (*free-ride*) els serveis prevenda i postventa facilitats pels altres minoristes, estalviar cost i així atreure clients que es limitaran a comprar el producte a aquest minorista, però que hauran estat prèviament informats del seu ús per un altre minorista que sí proporciona aquestes prestacions addicionals. En definitiva, una competència generalitzada en preus pot fer caure els nivells d'aquests serveis, i amb ells, cauran la demanda del producte i el benestar de tots els subjectes involucrats, productor i consumidors.

²⁰ El terme procedeix del "marge" que cada monopolista obté per sobre del seu cost marginal.

²¹ Allò que pot ser factible en el mercat del llibre, donat el caràcter escassament substituïble dels diferents títols, malgrat la notable fragmentació del mercat editorial espanyol.

²² Una presentació assequible de la qüestió a Luis M. B. CABRAL (2000), *An Introduction to Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge (MA), p. 190 i ss. L'anàlisi de les diferents alternatives del productor, a Massimo MOITA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 307 i ss.

²³ Una completa síntesi d'aquests arguments i de la seva traducció en Dret de la competència, a Andy CHEN i Keith HYLTON (1999), "Procompetitive Theories of Vertical Control", 50 *Hastings Law Journal*, p. 601 i ss.

Quelcom similar succeeix amb els productes de marca o de prestigi, en els quals el manteniment de la seva imatge requereix forts desembossaments addicionals dels venedors minoristes per preservar aquesta imatge global de qualitat. Aquí també una forta competència en preu entre minoristes pot donar lloc a una caiguda dels nivells d'inversió en imatge per sota dels òptims.

Per tal d'evitar aquestes conseqüències negatives, una opció potencialment atractiva, perquè elimina les tensions de la competència de preu entre minoristes, és la fixació de preus de venda pel productor. Ara bé, traslladar aquest argument al mercat del llibre presenta seriosos problemes, al meu parer. Encara que no podem deixar de banda del tot que els serveis d'informació dels llibrers al potencial adquirent de llibres puguin ser un al·licient per preferir un determinat minorista en comptes d'altres, no sembla que en el cas dels llibres ens trobem davant d'un bé en el qual els serveis complementaris (notòriament els posteriors a l'adquisició, però també els anteriors: moltes compres de llibres ho són per obligació, escolar o universitària, majoritàriament, i no per gust; i en les compres per gust, al cap de pocs anys d'experiència lectora un ja sap a què atènyer-se, a la qual cosa s'afegeix la profusió de mitjans d'informació del lector potencial per mitjà de ressenyes, crítiques, programes i revistes culturals, etc.) tinguin incidència apreciable en la demanda per part dels consumidors. Tampoc la imatge de marca i la reputació editorial sembla estar molt afectada per les condicions de distribució. D'una banda, perquè les imatges de marca editorials són, en termes relatius, febles. Les marques reputades són les dels autors, molt menys les dels editors. A més, l'heterogeneïtat actual dels punts de venda (d'un aeroport a una papereria, d'una llibreria seriosa a un quiosc de periòdics, passant per internet) fa inaplicable l'argument del *free-riding* entre llibrers en perjudici de la imatge de l'editor.

Un argument econòmic més sofisticat, i en una primera lectura, més convincent, és el que es basa en l'incertesa que envolta la demanda d'un títol concret, i en els possibles problemes d'inventari dels llibrers, que poden donar lloc a decisions subòptimes per als interessos conjunts de tota la cadena de distribució, i poden ser corregits mitjançant una política de preus fixos.

En substància l'argument és el següent²⁴: la demanda de cada títol pels consumidors resulta ex ante altament incerta, i les decisions de producció del nombre d'exemplars per part de l'editor i d'inventari per part dels minoristes s'han de fer, en gran mesura, abans que la incertesa sobre l'èxit o el fracàs d'un determinat títol es clarifiqui. Si resulta que un determinat llibre és un fracàs, i els inventaris dels llibrers són elevats, hi ha un gran incentiu a "llençar" els preus dels exemplars per tal de desfer-se d'aquest costós inventari. Anticipant que, ex post, baixaran molt els preus i competiran feroçment, els minoristes poden evitar aquesta guerra de preus ex ante mantenint uns inventaris escassos de tots els títols (recordeu, en aquest moment no es pot conèixer l'èxit o el fracàs d'un títol concret), per sota del que desitjarien els editors i els consumidors. Un mecanisme eficaç per assegurar als llibrers que aquesta destructiva competència dels títols poc comercials no tindrà lloc, i induir-los així a prendre decisions més

²⁴ L'argument procedeix de DENECKERE, MARVEL i PECK (1996), "Demand uncertainty, inventories, and resale price maintenance", 111 *Quarterly Journal of Economics*, i de DENECKERE, MARVEL i PECK (1997), "Demand uncertainty and price maintenance: markdowns as destructive competition", 87 *American Economic Review*. Una síntesi assequible d'aquestes teories a Jonathan BECK (2003), "Monopoly vs. oligopoly in the debate on resale price maintenance for books: a preliminary empirical result", Working Paper Humboldt-Universität zu Berlin.

generoses pel que fa a inventaris, és precisament el preu fix, que elimina la guerra de preus ex post.

No obstant això, algunes objeccions es poden assenyalar en relació amb aquesta argumentació. En primer lloc, no hi ha dubte que les millores i l'abaratiment tant en la producció d'exemplars com en l'inventari dels mateixos, ha permès en els últims anys tirades més petites, més econòmiques, i que poden estar a les mans dels consumidors en un temps molt més curt, la qual cosa redueix molt significativament l'adopció de decisions irreversibles i costoses de publicació i de volum d'inventari. A més, el supòsit d'incertesa radical sobre la demanda d'un determinat títol és marcadament exagerat. Tot i que es troba lluny de ser perfecta, la possibilitat d'anticipar la demanda futura d'un llibre sembla elevada.

El més important, no obstant això, és que el mateix resultat es pot obtenir substancialment²⁵ amb un instrument (una restricció vertical, si es prefereix) menys agressiu i destructor de la competència que la fixació legal o convencional de preus. Em refereixo a la concessió als llibrers de l'opció de retornar els exemplars no venuts a un preu prefixat per endavant: amb aquesta opció, la possibilitat d'una guerra de preus per desfer-se de l'excés d'exemplars dels llibres sense èxit desapareix, perquè els minoristes els poden retornar sempre a l'editor o distribuïdor a un preu conegut per endavant. El seu caràcter substitutiu en relació amb la fixació de preus es demostra per la popularitat del seu ús en aquells països en què la fixació de preus de venda al públic dels llibres és il·legal (Austràlia, Estats Units)²⁶. Un altre avantatge important afegit a l'opció de devolució davant la fixació de preus és que la segona no permet traslladar als consumidors finals de llibres les economies d'escala en la gestió d'inventari, mentre que la devolució és compatible amb què els consumidors es beneficiïn d'una gestió d'incentius més eficient per part dels minoristes de llibres. De fet, l'inventari genera costos als minoristes, però aquests costos són més petits com més eficient és la seva gestió i com més gran és el volum de negoci, perquè a un nivell de vendes més gran, típicament és més petita la proporció entre inventari i vendes que permet una gestió sense *stock-outs*²⁷ perillosos. Aquests estalvis de cost no es poden traslladar als consumidors amb el preu fix, però no es veuen impeditos per l'alternativa de la devolució d'inventari no venut.

4. Interpretació extensiva o restrictiva de la prohibició de descomptes i teoria de la interpretació de la llei

Del repàs i de l'anàlisi dels diferents arguments que s'han aportat, o teòricament es poden aportar, a favor de la desitjabilitat social i econòmica de la imposició legal de preus a la venda al

²⁵ El resultat no és absolutament idèntic, perquè la distribució de risc no és exactament la mateixa, essent més favorable per als editors la fixació de preus. Però això no canvia que el seu efecte en relació amb els incentius a les decisions d'inventari dels minoristes siguin els mateixos. Vegeu, Jonathan BECK (2003), "Monopoly vs. oligopoly in the debate on resale price maintenance for books: a preliminary empirical result", Working Paper Humboldt-Universität zu Berlin, p. 20.

²⁶ KANDEL (1996), "The right to return", 31 *Journal of Law and Economics*, p. 330.

²⁷ David BESANKO, David DRANOVE i Mark SHANLEY (2000), *The Economics of Strategy*, 2a edició, John Wiley & Sons, New York, p. 81.

públic de llibres, la conclusió és relativament desanimadora. Encara que no es pugui afirmar amb total rotunditat, per manca d'evidència empírica, l'anàlisi teòrica permet argüir que, amb elevada probabilitat, l'obligatorietat legal del preu fix en els llibres no és l'alternativa més sensata i satisfactòria, ni tan sols per obtenir les funcions econòmiques que un sistema de preu fix pot raonablement perseguir. Com s'acaba de comprovar, un sistema voluntari, basat en el contracte, pel qual els llibrers poden tornar els estocs no venuts a preus prèviament estipulats pot aconseguir resultats equivalents als del preu fix, però amb uns costos més baixos per la competència en el mercat de llibres i, en definitiva, pel benestar cultural i econòmic de la societat.

De fet, la teoria que jutjo més plausible per explicar (que no justificar) el sistema d'imposició legal del preu fix en els llibres és la que apunta, aquí sí encertadament, l'Informe del Tribunal de Defensa de la Competència de 1997²⁸: es tracta d'un instrument estratègic per part dels editors i dels detallistes d'escassa dimensió per tal de fer front al que podria ser el creixent poder de mercat de venedors al detall a gran escala. Els editors protegeixen els seus marges, que podrien perillar en les seves dimensions actuals en cas que els haguessin de negociar amb detallistes poderosos, i els petits llibrers simplement desafien la seva desaparició a mans de detallistes més eficients en termes de cost i de relació servei/preu.

No obstant això, és indubtable, independentment del que ens pugui merèixer la bondat i efectes del sistema de preu fix en els llibres, que ens trobem davant un règim imposat per una norma de rang legal que està vigent, la Llei 9/1975, desenvolupat per una norma reglamentària igualment vigent, el Reial Decret 484/1990. Si un venedor al detall de llibres, un gran magatzem, una gran superfície, un petit llibrer o una altra classe, venguessin llibres al públic amb un descompte d'un 30% sobre el preu fixat per l'editor, per exemple, caldria concloure que s'ha vulnerat la legislació sobre preu fix, atès que s'hauria donat una conducta obertament contrària als descomptes màxims previstos pel Reial Decret 484/1990 i, en conseqüència, ens trobaríem davant una conducta deslleial per vulneració de normes en el sentit de l'art. 15 LCD.

Ara bé, els casos amb què s'obria el present treball no són tan fàcils de qualificar com la conducta que s'acaba de caracteritzar. La normativa de preu fix del llibre prohibeix els descomptes més enllà dels límits assenyalats pel Reial Decret 484/1990, però guarda silenci, com a mínim en sentit textual, sobre altres pràctiques comercials com els obsequis o les promocions²⁹, conductes que amb caràcter general són perfectament legítimes com a instruments competitius dels participants en el mercat per millorar la seva situació concurrencial i augmentar les vendes al detall que desenvolupen. Per abordar aquests casos, doncs, és necessari adoptar alguna estratègia interpretativa que permeti decidir si la normativa sobre preu fix dels llibres ha d'estendre el seu àmbit d'aplicació més enllà del seu significat literal. Dit d'una altra manera, hem de qualificar de

²⁸ p. 18. En el mateix sentit, EISENBAST (2000), "Die Buchpreisbindung aus ökonomischer Sicht", 9 Wirtschaftsdienst, p. 560. D'altra banda, és clar en la teoria econòmica que la fixació de preus és un bon instrument per tal de millorar les condicions de comportaments col·lusius entre els productors, en aquest cas entre els editors: Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.

²⁹ El terme venta amb obsequis és el de la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista*. Les legislacions autonòmiques parlen de venta amb prima, amb regals, promocional i, fins i tot, alguna (Castella La Manxa) parla de descompte o prima.

frau a la llei la utilització de primes i obsequis que puguin tenir un impacte sobre les decisions de compra de llibres dels consumidors equivalents a les dels descomptes prohibits?

La reacció de bona part dels que han abordat la qüestió ha estat nítida i, gairebé podríem dir, instintiva. Atès que els obsequis o les promocions en què, d'alguna manera, es veuen afectats els llibres tenen efectes, com a mínim, similars sobre els consumidors que els dels descomptes vedats pel reglament, no hi ha cap dubte que la interpretació espiritualista de la norma que preveu com a preferent l'art. 3 CC imposa la interpretació extensiva de la regla sobre descomptes i, per tant, la il·licitud de les conductes en qüestió³⁰. Es diria, ja que el fi o l'esperit de la norma és restringir la competència en preu, qualsevol pràctica comercial que es pugui considerar equivalent s'ha de reconduir dins la prohibició.

Malgrat això, la qüestió no és tan simple. L'estratègia espiritualista o finalista, si s'adopta com a tal, en bona lògica s'hauria d'adoptar fins al final, sobretot si la seva adopció no es recolza, com succeeix als comentaris que s'acaben de ressenyar, en una teoria de la interpretació articulada. Una interpretació teleològica (que aquí, de manera potser sorprenent, s'equipara a una interpretació economicista –l'equivalència d'efectes econòmics- i no jurídic-formal) a consciència faria substancialment inviable qualsevol pràctica comercial de promoció en relació amb el llibre. Per exemple, la interpretació espiritualista impediria que un llibrer oferís aparcament gratuït als seus clients, o un cafè sense cost addicional, o fins i tot una còmoda butaca per fullejar les adquisicions projectades o recents, alhora que tots aquests comportaments constitueixen una estratègia de competència amb altres minoristes que, directa o indirectament, fan menys costosa la compra de llibres, ja que el consumidor s'estalvia el preu de l'aparcament o del cafè, que són prestacions que s'ofereixen en el mercat per un preu. Fins i tot, d'alguna manera, l'oferta de llibres per internet assumint el venedor els costos d'enviament també s'hauria de subjectar a la prohibició, doncs comparteix els trets essencials, en una interpretació espiritualista, amb els descomptes.

En tots els exemples anteriors estem, en realitat, davant pràctiques en frau a la llei del preu fix i constitutives de deslleialtat concurrencial? Ho dubto. En aquest sentit, una interpretació espiritualista consistent no té límits precisos d'aplicació i pot conduir, com s'acaba d'il·lustrar, a resultats obertament indesitjables. En el seu propòsit de servir obedientment a les aspiracions del legislador o del Govern responsable del desenvolupament reglamentari, la interpretació extensiva de la prohibició legal i reglamentària pot donar lloc a un nivell de restricció a la competència en el mercat del llibre molt superior al que els autors de les normes mai van poder imaginar. És cert que l'art. 4.2 CC veta la interpretació analògica de les regles excepcionals. Un cop vist el més que tempestuós fonament confessable del sistema de fixació del preu de venda al públic dels llibres, i el seu contrast amb principis de llibertat contractual i llibertat concurrencial essencials en el nostre sistema jurídic i econòmic, crec que no es podrà discutir gaire la qualificació de la prohibició de descomptes com a dret excepcional. Tot i ser útil, aquesta

³⁰ Juan José MARÍN (1995), "Prácticas comerciales y protección de los consumidores", *Derecho privado y constitución*, p. 142; Elena DESDENTADO (1998), "Precio de los libros y competencia desleal. Comentario a las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 18-III-1998 y de Sevilla de 21-XII-1996", 229 *Revista de Derecho mercantil*, p. 1266; José MASSAGUER (1999), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cívitas, Madrid, p. 453.

prohibició d'analogia no garanteix protecció enfront de l'esgotament del possible sentit dels textos legals aplicables a l'efecte, que poden continuar produint resultats interpretatius obertament indesitjables en tant que totalment impeditius de pràctiques de promoció en el mercat del llibre.

L'excepció al consens espiritualista en aquest terreny és representada per Ángel CARRASCO³¹, qui es mostra decididament partidari d'una interpretació formalista i restrictiva de la prohibició reglamentària dels descomptes, recolzant, a més, la seva posició, al contrari que els espiritualistes, sobre una explícita formulació de teoria de la interpretació.

CARRASCO distingeix entre dues classes ben diferenciades de normes. Unes, expressen valors de justícia sobre els quals hi ha un consens, de manera que constitueixen valors socials compartits. Les altres regles, ben al contrari, són simples regles d'oportunitat (en el millor dels casos), o de redistribució, però en tot cas, fruit d'opcions reguladores no essencials i permanents, sinó contingents i variables. Les primeres normes són l'objecte propi de la directiva continguda a l'art. 3 CC d'interpretació teleològica. Les segones no han de ser objecte d'una interpretació extensiva, sinó que els cànons d'interpretació que s'hi ajusten són els d'interpretació literal i sistemàtica.

Les regles que fixen límits als descomptes en el preu dels llibres corresponen al segon dels grups descrits i són, per tant, d'interpretació estricta: els obsequis no són en si mateixos descomptes, i l'interpret en aquest punt no pot anar més enllà de la lletra estricta i del sistema intern de les normes. I encara més, una interpretació extensiva suposaria col·locar de forma indiscriminada el dret privat, i en particular el de competència deslleial, al servei de normes administratives de finalitat gremial, malgrat que ja existeixen les sancions administratives per tal de dissuadir les conductes prohibides per la legislació específica del preu fix dels llibres.

No puc estar més d'acord amb la proposta específica d'interpretació restrictiva en aquest context avançada per CARRASCO³². Igualment, em sembla inviable proposar una estratègia d'interpretació de la norma o una altra sense un suport explícit en una teoria de la interpretació si no general, com a mínim susceptible de generalització, i de la que es puguin deduir indicacions interpretatives prou precises.

La teoria de la interpretació mantinguda per CARRASCO, malgrat això, presenta diversos punts febles per a la crítica. En primer lloc, es tracta d'una teoria de la interpretació de caràcter retrospectiu, amb els inconvenients de qualsevol teoria retrospectiva. En segon lloc, les possibilitats que ofereix de subministrar directives de comportament a l'interpret són limitades, perquè la distinció de base entre normes de justícia o socialment compartides i normes d'oportunitat és una distinció notòriament difícil de concretar en la realitat, i pot obrir notables incerteses de qualificació de les normes respectives. D'alguna manera, recorda a la teoria de la

³¹ Ángel CARRASCO (1999), "Comentario a la Sentencia de 31 de marzo de 1999", 51 *Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil*, p. 1036 i ss.

³² I que, en últim terme, el Tribunal Suprem ha acollit en substància en rebutjar la deslleialtat de les conductes indicades, tal i com s'ha relatat en la secció I d'aquest treball.

interpretació de DWORKIN, que es fonamenta sobre el supòsit de l'existència de principis coherents de justícia dins la constitució i la resta del sistema jurídic.

Encara que aquesta no és la seu per elaborar de llarg una teoria de la interpretació, sí que és necessari donar algunes indicacions que permetin sustentar les propostes específiques d'interpretació de la normativa sobre el preu fix de venda de llibres al públic.

Per començar, caldria distingir entre estratègies interpretatives retrospectives i prospectives. Les primeres intenten construir criteris d'interpretació que miren a l'origen de la norma, a les seves circumstàncies, autors o a les pròpies normes legals –o constitucionals- sobre interpretació. Moltes de les estratègies d'interpretació són producte de teories retrospectives, com la cerca de la *ratio legis*, la cerca de la voluntat del legislador, la reconstrucció de l'esperit de la norma, el formalisme a ultrança. Encara que poden resultar útils en alguna circumstància i, a més, la major part dels criteris legals d'interpretació tenen aquest caire retrospectiu. Però no són els únics criteris existents³³, ni potser tan sols, els de més virtualitat per a l'interpret.

Les estratègies interpretatives prospectives o pragmàtiques³⁴ són les que atenen als efectes de les diferents opcions interpretatives en joc sobre els comportaments reals dels subjectes afectats. Però els subjectes afectats no són només els destinataris finals de les normes, sinó també, i molts cops, prioritàriament, els agents jurídics que tenen potestats normatives i interpretatives, en funció de les seves respectives posicions, trets i avantatges comparatius de caràcter institucional. En concret, l'avaluació de les alternatives d'aproximació a les normes objecte de la interpretació requereix una consideració dels seus probables efectes sobre els següents elements:

D'una part, les conductes dels agents institucionals afectats: els legisladors en les seves diferents manifestacions, els governs amb potestat normativa, les agències reguladores amb facultats d'interpretació i d'aplicació de normes i, per descomptat, els tribunals de justícia en tots els seus nivells fins al constitucional. En aquest aspecte, el cost i l'eficàcia relativa de les reaccions a les interpretacions de la resta d'agents és un factor molt rellevant a l'hora d'escollir una estratègia d'interpretació sobre les altres.

D'una altra, els subjectes i les seves conductes de subjecció o elusió de la norma: l'existència i la ineficiència de les alternatives de conducta elusiva no eliminades per l'estratègia interpretativa en qüestió. En aquest terreny, el Dret tributari pot resultar, d'alguna manera, més pròxim al Dret

³³ L'art. 3 CC no suposa un obstacle per a l'ampliació de les estratègies interpretatives, perquè no conté una llista tancada de cànons d'interpretació. D'altra banda, la finalitat de la norma potser es pot entendre, més que com cànon d'interpretació teleològica o de *ratio legis*, com resultat global de l'aplicació dels cànons interpretatius admissibles dintre d'un cert sistema jurídic. Sobre la transformació de la *ratio legis* d'un cànon (objectiu, enfront dels subjectius) més a producte de la interpretació, vegeu Jan SCHRÖDER (2002), *Recht als Wissenschaft*, Beck, München.

³⁴ Una bona introducció a les mateixes a Cass SUNSTEIN i Adrian VERMEULE (2002), "Interpretation and Institutions", Working Paper, John M. Olin Program in Law and Economics, University of Chicago Law School; Richard POSNER (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge (MA), p. 59 i ss. Els aspectes dinàmics (la interrelació i les reaccions i anticipació i resposta a les reaccions de la resta d'agents normatius i d'interpretació de les lleis) estan ben analitzats a William ESKRIDGE (1994), *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge (MA).

privat que a d'altres sectors del Dret públic, atès el rellevant joc dels efectes d'incentiu i de fugida cap a d'altres alternatives, i la primacia dels efectes jurídics declarats enfront de les apreciacions de partida de les Administracions.

Sense cap dubte, aquesta visió més pragmàtica i conseqüencialista de la interpretació de les normes jurídiques es troba fortament influenciada pels creixents dubtes sobre la viabilitat última de la cerca de la *ratio legis*, de l'esperit de la norma, i això com a conseqüència d'una sèrie de factors diversos: la pèrdua de confiança en la benevolència de les finalitats del legislador (consciència de la presència i de la força dels grups de pressió en el procés de creació de normes, la possibilitat de captura del legislador, la freqüència amb què es produeix legislació purament redistributiva amb conseqüències negatives tant per a l'eficiència com per a l'equitat); la consciència que l'existència d'un legislador únic és una ficció, ja que no hi ha un legislador sinó múltiples legisladors en un sistema jurídic que no sigui una pura tirania personal; la convicció, basada en l'evidència repetida, que les raons perseguides pels legisladors i plasmades en els acords, explícits o implícits, que s'amaguen després d'una gran part de les normes són, com a norma general, múltiples, bastant sovint contradictòries i no sempre discernibles.

Com hem pogut comprovar en l'anterior apartat 3, en el cas de la normativa sobre el preu fix dels llibres, la indagació de l'esperit de la norma no porta massa lluny. Què succeeix amb la interpretació pragmàtica? Pel que fa a les conseqüències dels subjectes destinataris de les normes, ja s'ha esmentat abans que traçar la frontera de les conductes promocionals compreses en la prohibició no és conseqüència immediata d'una suposada *ratio legis* (p. ex. evitar la competència en preus, però no en "qualitat" o en prestacions addicionals): hi ha conductes promocionals que són un obsequi als efectes de la Llei 7/1996, però que no són competència en preu: el transport o aparcament gratuït, el pagament a termini sense interès, un cafè. Si totes les conductes que afecten el preu s'entenen, estenent la lletra de la prohibició legal, subjectes a interdicció, només quedarien obertes, com a estratègies comercials lícites per augmentar la posició competitiva dels venedors, les que s'orienten a millorar la qualitat en l'entorn de l'adquisició, que no són necessàriament més favorables pels consumidors, ni socialment més eficients que les abans esmentades i que comporten obsequis o primes pels adquirents.

Pel que fa als aspectes institucionals, hi ha diversos arguments que apunten favorablement a una interpretació restrictiva de les prohibicions que mantenen el sistema de preu fix en els llibres.

En primer lloc, el cost del legislador en corregir una aplicació restrictiva de la regla per part dels Tribunals no és alt en aquest cas. Atès que la norma amb rang legal ha delegat les prohibicions específiques en el desenvolupament reglamentari, és suficient una norma reglamentària que aclareixi quines activitats promocionals concretes es prohibeixen en relació als llibres, si el propòsit de qui té la competència per a això és que aquesta competència en el sector del llibre es redueixi simplement a l'entorn d'adquisició. En aquest sentit, una orientació conseqüencialista de la interpretació atenta als factors institucionals promouria una interpretació de les normes reglamentàries més estricta o literalista que la de la llei i, no diguem ja, de la Constitució. En

aquest primer cas, el formalisme interpretatiu sembla, *prima facie*, el millor cànon interpretatiu per als Tribunals.

D'altra banda, sembla indubtable que, amb caràcter general, els tribunals de justícia, perits en Dret, no es troben ben situats per enjudiciar en un procés judicial, de manera habitual i sistemàtica, els efectes sobre el benestar general de les normes que han d'interpretar. No obstant això, per a les regles que, a simple vista, podríem dir que són d'efecte positiu dubtós o, com a mínim, obertament excepcionals, una interpretació restrictiva i literalista és saludable. Ho és perquè força l'autor de la norma a internalitzar el cost reputacional de la mesura i a no externalitzar-lo sobre l'administració de justícia. També perquè actua de manera similar a una *penalty default* en dret de contractes³⁵: situa el cost de la informació i de la delimitació de les conductes prohibides sobre aquell que coneix millor el balanç cost-benefici (sembla que el Ministeri de Cultura, que és el Ministeri sectorial competent en el sector del llibre, ha de conèixer millor que els Tribunals els efectes competencials en el mercat del llibre de les diferents mesures restrictives de pràctiques comercials). A més, sens dubte, la interpretació de la prohibició aferrada al text, en aquest cas, augmenta la certesa jurídica dels operadors, que no han d'estar pendents de les interpretacions extensives que puguin fer els diferents òrgans judicials, possiblement molt diferents pel que fa al seu abast efectiu (la interpretació estricta és menys incerta que l'extensiva, que és múltiple i, a més, amb un element inevitable de variació en les seves aplicacions segons l'entèrpret).

Ara bé, una interpretació lligada a la lletra no significa aquí, ni a d'altres llocs, conceptualisme a ultrança: les conductes, *per se* lícites, però que no tenen cap fonament econòmic excepte l'elusió de la prohibició, s'han de considerar prohibides (seria el cas extrem de la doctrina americana del *business purpose*): donació de diners al comprador després de la compra al preu fix; exportació per reimportar i no subjectar-se al preu fix.

En definitiva, tots els factors apunten a la conveniència, a l'hora d'interpretar l'abast de les prohibicions de descompte contingudes en la normativa específica sobre preu fix dels llibres (o, el que és el mateix, de l'enjudiciament com a frau a la Llei de pràctiques comercials promocionals que no encaixen exactament en la prohibició textual), que els Tribunals de Justícia optin per estratègies formalistes i restrictives d'interpretació de la Llei, que són precisament les que s'han acabat imposant en la jurisprudència del Tribunal Suprem, com ja s'ha relatat en l'apartat 1.

5. Conclusió

En síntesi, i per concloure, aquest treball proposava una il·lustració de com la regla sobre frau a la llei és un instrument per obtenir una interpretació finalista, o una extensió per analogia, en l'aplicació de les normes. Com a regla d'interpretació que és, la seva utilització s'ha de guiar per les estratègies interpretatives més convenients en termes d'incentius als agents institucionals i als

³⁵ Sobre aquest concepte de les normes dispositives "penalitzadores" o *penalty defaults*, vegeu el meu treball, Fernando GÓMEZ (2002), *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Cívitas, Madrid, p. 104 i ss.

destinatariis de les normes. La nostra il·lustració ha fixat l'atenció en el tractament de les pràctiques comercials de promoció en el sector del llibre i la seva compatibilitat amb el sistema del preu fix, que han estat analitzades en els darrers anys per la jurisprudència espanyola sota el prisma del frau a la llei. En aquesta matèria de regles restrictives de la competència en el sector del llibre, s'ha intentat acreditar com la interpretació estricta d'aquestes restriccions sembla la més aconsellable, atesos els efectes sobre els decisors públics i sobre els competidors en el mercat de llibres.

6. Bibliografia

Jesús ALFARO (1991), "Competencia desleal por infracción de normas", *Revista de Derecho mercantil*

Jürgen BACKHAUS i Reginald HANSEN (2002), "Resale Price Maintenance for Books in Germany and the European Union: A Legal and Economic Analysis", a Clemens Esser y Michael Stierle (editors), *Current Issues in Competition Theory and Policy*, VWF, Berlin, p. 305-306

Jonathan BECK (2003), "Monopoly vs. oligopoly in the debate on resale price maintenance for books: a preliminary empirical result", Working Paper Humboldt-Universität zu Berlin, p. 20

David BESANKO, David DRANOVE y Mark SHANLEY (2000), *The Economics of Strategy*, 2a edició, John Wiley & Sons, New York, p. 81

Stanley BESEN (1987), "New Technologies and Intellectual Property: An Economic Analysis", *Rand Corporation Note*

Luis M. B. CABRAL (2000), *An Introduction to Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge (MA), p. 190 i ss

Ángel CARRASCO (1999), "Comentario a la Sentencia de 31 de marzo de 1999", 51 *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia Civil*, p. 1036 i ss

Andy CHEN i Keith HYLTON (1999), "Procompetitive Theories of Vertical Control", 50 *Hastings Law Journal*, p. 575, p. 601 i ss

DENECKERE, MARVEL i PECK (1996), "Demand uncertainty, inventories, and resale price maintenance", 111 *Quarterly Journal of Economics*

DENECKERE, MARVEL i PECK (1997), "Demand uncertainty and price maintenance: markdowns as destructive competition", 87 *American Economic Review*

Elena DESDENTADO (1998), "Precio de los libros y competencia desleal. Comentario a las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 18-III-1998 y de Sevilla de 21-XII-1996", 229 *Revista de Derecho mercantil*, p. 1254 i ss, p. 1266

ELSENBAST (2000), "Die Buchpreisbindung aus ökonomischer Sicht", 9 *Wirtschaftsdienst*, p. 560

William ESKRIDGE (1994), *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge (MA)

Werner FLUME (1992), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft*, 4a edición, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, p. 350

Fernando GÓMEZ (2002), *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Cívitas, Madrid, p. 104 i ss

KANDEL (1996), "The right to return", 31 *Journal of Law and Economics*, p. 330

Juan José MARÍN (1995), "Prácticas comerciales y protección de los consumidores", *Derecho privado y constitución*, p. 142

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ/ Pedro DE PABLO CONTRERAS/ Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ i María Ángeles PARRA LUCÁN (2001), *Curso de Derecho civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona*, 2a edición, Colex, Madrid

José MASSAGUER (1999), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cívitas, Madrid, p. 263-288, p. 453

Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 32, p. 307 i ss

Arnold PLANT (1934), "The Economic Aspects of Copyright in Books", 1 *Economica*

Richard POSNER (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge (MA), p. 59 i ss

Pablo SALVADOR CODERCH, Albert AZAGRA MALO i Antonio FERNÁNDEZ CRENDE (2004), "Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos", *InDret 3/2004*, Working Paper núm. 229, http://www.indret.com/rsc_articulos/cas/229.pdf

Jan SHRÖDER (1985), *Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung. Das Umgehungsgeschäft in der rechtswissenschaftlichen Doktrin von der Spätaufklärung bis zum Nationalsozialismus*, Ferdinand Schöningh, Paderborn-München-Wien-Zürich

Jan SCHRÖDER (2002), *Recht als Wissenschaft*, Beck, München

Cass SUNSTEIN y Adrian VERMEULE (2002), "Interpretation and Institutions", Working Paper, John M. Olin Program in Law and Economics, University of Chicago Law School