



*Fraude de Ley, teoría de la interpretación y regulación de
precios mínimos*

Fernando Gómez Pomar
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper nº: 230
Barcelona, julio de 2004
www.indret.com

Sumario

1. Fraude de ley, interpretación de la ley y una ilustración
2. La norma prohibitiva eludida: el precio fijo en los libros
3. Las razones del precio fijo
4. Interpretación extensiva o restrictiva de la prohibición de descuentos y teoría de la interpretación de la ley
5. Conclusión
6. Bibliografía

1. Fraude de ley, interpretación de la ley y una ilustración

La noción que se conoce habitualmente con el término de fraude a la ley aparece como concepto general relevante en distintos sectores del sistema jurídico español –civil, tributario, procesal, internacional privado– tanto en su reconocimiento normativo [art. 6.4 CC; art. 15 Ley General Tributaria; art. 12.4 CC; art. 3.3 Convenio de Roma (Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de julio de 1980); art. 11.2 LOPJ] como en su tratamiento doctrinal¹.

Sin embargo, al menos en Derecho privado, la vida independiente del fraude a la ley como instrumento conceptual que permite mejorar la comprensión de la relación entre autonomía privada y regulación legal imperativa se halla muy seriamente cuestionada en el plano teórico, ya desde hace largo tiempo. Desde fines del siglo XIX, la doctrina del sistema jurídico más influyente de la Europa de los últimos dos siglos, la doctrina alemana, ha venido progresivamente abogando por el arrumbamiento de la necesidad y conveniencia de contar con un instituto propio del fraude a la ley y por su consideración pura y simple como un problema de interpretación de la ley². En este mismo número de InDret, Pablo SALVADOR, Albert AZAGRA y Antonio FDEZ CRENDE (http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/229.pdf) analizan por extenso la situación doctrinal en Derecho privado, tanto en Alemania como en España, en relación con el negocio en fraude de ley. Muy poco tengo que añadir a su análisis, salvo mi coincidencia plena con su dictamen de que el consenso entre la privatística alemana (acaso sea algo menor en la española, o al menos no tan explícito) es claro en torno a la figura del fraude a la ley, y se puede resumir en el *dictum* de Werner FLUME: ya no hay espacio para una doctrina especial del negocio en fraude a la ley³.

En el presente trabajo mi intención es ilustrar con una aplicación dentro del Derecho privado español, esta idea de la sustancial identidad entre el problema del fraude a la ley y el de la interpretación de las normas imperativas, y cómo las directrices para una adecuada realización de esta última tarea

¹ Véanse, a título de ejemplo, los manuales de Parte General del Derecho civil, que siguen incluyendo capítulos o secciones dedicados al fraude a la ley. Por todos, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ/ Pedro DE PABLO CONTRERAS/ Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ y María Ángeles PARRA LUCÁN (2001), *Curso de Derecho civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona*, 2ª edición, Colex, Madrid.

² Una muy interesante síntesis de las vicisitudes conceptuales del fraude a la ley en la teoría del Derecho alemana hasta mitad del siglo precedente, en 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 tesis de Schröder consiste en que el abandono de la consideración independiente del fraude a la ley responde al cambio en la visión del papel del juez en relación con la tarea interpretativa, y al progresivo triunfo de aproximaciones interpretativas más objetivistas y, a la vez, menos constreñidas en sus métodos y cánones. La tesis, aunque formulada en términos de historia de las ideas jurídicas, es exquisitamente pragmática: a mayor libertad interpretativa, podríamos decir, menor necesidad para los juristas de instrumentos extrainterpretativos para resolver los casos dudosos. Un análisis más detallado de la evolución de la interpretación jurídica en ese tiempo (otra vez, centrada en Alemania), se puede consultar con provecho en otra obra más reciente de Jan SCHRÖDER (2002), *Recht als Wissenschaft*, Beck, München.

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

constituyen el instrumento que más luz puede arrojar sobre los casos problemáticos de fraude a la ley, al menos en Derecho privado.

A este fin, me parece que uno de los grupos de casos de presunto fraude a la ley más destacados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años es el que se refiere a la posible vulneración de la legislación sobre el precio fijo de venta al público de los libros que puede suponer la utilización de obsequios o promociones en la venta de libros por parte de los grandes almacenes o grandes superficies. Aunque la jurisprudencia es ya larga, tanto en primera instancia y en apelación, como en el Tribunal Supremo, vamos a condensar los elementos esenciales de esta constelación de casos utilizando los de las sentencias STS, 1ª, 31.3.1999 (Ar. 1720) y STS, 1ª, 31.3.2000 (Ar. 1787).

El caso resuelto en última instancia por la primera de ellas es como sigue:

Durante la Feria del Libro (30 de abril-11 de mayo) del año 1991, El Corte Inglés, S. A. llevó a cabo una campaña de promoción de venta de libros, por la cual ofrecía al público un descuento del 10% en el precio, más el regalo de otro libro. El Gremio de Libreros de Valencia había autorizado los descuentos (de cuantía máxima de un 10%) únicamente en el recinto ferial, y el día 23 de abril en la Plaza de la Virgen de la Ciudad de Valencia. El Gremio de Libreros demandó a El Corte Inglés, S. A., ejercitando la pretensión de declaración de deslealtad competencial de la conducta del demandado⁴, la condena a la simbólica cifra de 5000 pesetas como indemnización de daños y perjuicios, más la publicación de la sentencia como resarcimiento del daño moral.

El JPI de Valencia estimó en parte la demanda, declarando la deslealtad competencial del demandado, pero sin admitir las restantes pretensiones. La Audiencia revocó la sentencia del JPI dejando sin efecto la declaración de deslealtad. El demandante interpuso recurso de casación, que fue estimado en parte por el TS. De un lado, el TS admite que la utilización de un descuento del 10% fuera del espacio físico de la Feria, delimitado como apto para los mismos por el acuerdo del Gremio de Libreros, al amparo del Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, supone una violación del precio fijo en los libros y, con ello, una conducta desleal en el sentido del art. 15 LCD. Por el contrario, el TS no considera que la conducta promocional del demandado (descuento de un 10% más el regalo de otro libro) sea engañosa, a los efectos del art. 8 LCD, si

⁴ La Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (en adelante, LCD), en su art. 15, reputa desleal el prevaleerse en el mercado de una ventaja competitiva (significativa) adquirida mediante la infracción de las leyes. Igualmente considera desleal el mismo precepto la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la actividad concurrencial. Las normas pretendidamente vulneradas en este caso son las del precio fijo de venta al público de libros que se resumen a continuación en el texto. Sobre el art. 15 LCD, Jesús ALFARO (1991), "Competencia desleal por infracción de normas", *Revista de Derecho mercantil*. En apariencia el demandante pretendía igualmente la declaración de deslealtad concurrencial al amparo del art. 8, apartados 1 y 2 LDC, que rezan:

"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 este precepto, véase José MASSAGUER (1999), *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Cívitas, Madrid, p. 263-288.

bien se manifiesta con claridad en el sentido de entender que el demandado ha incurrido en una práctica comercial “*contraria al espíritu de la legislación que establece y regula el sistema de precio fijo en la venta de libros....*”.

El segundo de los casos es muy similar:

Al inicio del curso escolar del año 1993, Continente, S. A. realizó una campaña de promoción de libros de texto en el citado centro comercial, por el cual la adquisición de libros de texto daría derecho a un obsequio (venta con obsequio del art. 32 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista) consistente en vales canjeables al realizar compras de cualquier producto del mismo centro –distinto a libros-, y por un importe del 25% del precio de los libros de texto adquiridos.

La Asociación Provincial de Librerías y Papelerías de la provincia de Lugo, entabló demanda contra Continente, S. A., calificando la conducta de ésta de “competencia desleal, cuando no realizada en fraude de ley o de mala fe”, solicitando al amparo de los arts. 5^º y 15 LCD, la cesación de la demandada en la conducta referida. El JPI absolvió a la demandada, pero la Audiencia revocó la sentencia, condenando a Continente, S. A. a la cesación de la conducta comercial por entenderla desleal (por contrariedad con el art. 15, con el art. 8 LCD en relación con el art. 6.4 CC, y también con el art. 5 LCD).

El TS dio lugar al recurso de casación de la demandada, entendiendo que el art. 15 LCD, el art. 6.4 CC y el art. 5 LCD se habían aplicado indebidamente. El razonamiento del FD Segundo se centra en la interpretación de la normativa aplicable al precio de los libros, la Ley 9/1975, de 12 de marzo, de régimen especial para la promoción, producción y difusión del libro⁶, y el Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, sobre precio de venta al público de libros⁷, con la conclusión de que el obsequio de vales no es descuento en el sentido usual y propio de esta palabra, dado que el precio del libro se desembolsa íntegramente, aunque luego se reciba una ventaja consistente en un obsequio. Y como lo que veda la normativa sobre precio de libros es la práctica de descuentos, y no de obsequios, no se puede apreciar vulneración de la misma en vía directa. Tampoco, según el TS, cabe apreciar tal vulneración por vía del art. 6.4 CC, pues supone el legítimo ejercicio de un derecho de las empresas que actúan en el mercado: ofrecer obsequios para atraer clientela. Aún menos, prosigue el TS, cabe hablar de conducta contraria a la buena fe, en relación con el art. 5 LCD.

La solución ofrecida por la STS, 1^a, 31.3.2000 se ha visto confirmada en distintas sentencias posteriores, empleando argumentos similares si no idénticos: SSTS, 1^a, 4.10.2001 (Ar. 7541); 30.5.2002 (Ar. 4575); 30.10.2002 (Ar. 9315); 16.12.2002 (Ar. 10968). En definitiva, el TS entiende que los obsequios de vales por la compra de libros no contradicen, ni directa ni indirectamente, la regulación del precio fijo de venta al público de libros⁸.

⁵ El art. 5 LCD contiene la cláusula general de deslealtad concurrencial de las conductas objetivamente contrarias a las exigencias de la buena fe.

⁶ BOE nº 63/1975, de 14 de marzo.

⁷ BOE nº 95/1990, de 20 de abril.

⁸ Ya con anterioridad el Tribunal de Defensa de la Competencia se había mostrado decidido partidario de entender que las campañas de venta de libros con obsequio, regalo o prima no vulneraban la normativa sobre precio de los libros y no constituían competencia ilícita: RRTDC 17.2.1993; 16.4.1993; 10.6.1993; 5.7.1994. El propio TDC publicó en septiembre de 1997 un informe muy crítico con el precio fijo de los libros, recomendando vivamente su supresión.

2. La norma prohibitiva eludida: el precio fijo en los libros

La exposición de los dos casos anteriores permite situar con nitidez la indagación acerca de la actuación “en fraude a la ley” de los grandes almacenes y grandes superficies que obsequian de diverso modo a los compradores de libros en sus establecimientos, en la interpretación de las normas positivas que imponen un precio fijo en la venta de libros al público. El razonamiento del propio TS en ambas sentencias deja traslucir a las claras que el núcleo de la cuestión no es otro que interpretar cuál es el alcance de la prohibición legal de practicar descuentos al vender libros a los consumidores⁹. Optar por una interpretación amplia o extensiva (espiritualista, si se quiere, en el sentido del art. 3 CC, al que sin duda apunta la STS, 1ª, 31.3.1999, FD Tercero¹⁰, al afirmar que la práctica comercial de 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 eludirla bajo el principio de que “lo no prohibido está permitido”) o, por el contrario, restrictiva y apegada a la letra del texto o materiales legales, lo que permitirá dar una solución u otra a este grupo de casos.

El primer paso, sin duda, será el de identificar cuáles son los textos legales aplicables. En España, la regulación con rango de ley es la que se contiene en la preconstitucional Ley 9/1975, de 12 de marzo. En su artículo 33 ordena que la venta de libros al público “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 mismo precepto viene a exceptuar de la sujeción al precio fijo los libros de bibliófilo, los libros artísticos o análogos, y los editados antes de la promulgación de la Ley 9/1975.

El desarrollo reglamentario de estas previsiones legales vigente al producirse los casos de referencia –y hoy también– es el contenido en el citado Real Decreto 484/1990. En su art. 1, este Real Decreto impone a todo editor o importador de libros la obligación de establecer un precio fijo de venta al

⁹ Sin duda, la interpretación de las normas sobre precio fijo en los libros determina la subsunción o no de la conducta comercial de los vendedores bajo los artículos 15 y 5 LCD: si no ha habido violación de normas, sino conducta que no recae en prohibición legal, no puede haber deslealtad por infracción de normas y muy dudosamente por conducta contraria a la buena fe. No quedaría predeterminado el resultado bajo el art. 8.2 LCD, dado que en él la deslealtad concurrencial no presupone la violación de reglas positivas, sino que permite apreciar como desleales ciertos descuentos en función de su impacto sobre las percepciones de los consumidores en relación con el verdadero carácter de las alternativas disponibles en el mercado. Ahora bien, la aplicación o no de este último precepto no está ligada en especial a los libros (se aplicaría, en abstracto, lo mismo a los libros que a otros productos o servicios, digamos las bicicletas, los yogures, o los servicios de mensajería) ni a la existencia o inexistencia de una normativa presuntamente eludida por el vendedor, de forma que no guarda relación con el problema del “fraude a la ley” y su posible disolución en la interpretación de las normas presuntamente vulneradas.

¹⁰ También alguna jurisprudencia de Audiencias Provinciales, señaladamente la de la Audiencia Provincial de León en su sentencia de 24 de octubre de 1994, apunta a que la cuestión se centra en la interpretación prioritaria de conformidad con el art. 3 CC, esto es, atender al espíritu y finalidad de la norma objeto de interpretación, y en particular el propósito expresado en la Exposición de Motivos de la norma presuntamente vulnerada, que hace referencia al establecimiento en el sector del libro de una competencia basada en factores distintos al precio.

público o consumidor final, con independencia del lugar en que se realice la venta o del procedimiento a través del cual se efectúe la misma. Dispone asimismo el precepto que el precio de venta al público podrá oscilar entre el 95% y el 100% del precio fijo determinado por el editor o importador. El art. 3, por su parte, establece los descuentos máximos que podrán aplicarse respecto del precio fijo en determinadas circunstancias. El descuento máximo será de un 10% con ocasión de la Feria del Libro, Día del libro y análogos, y de un 15% a favor de bibliotecas, archivos o centros docentes.

En lo que respecta al capítulo sancionador, la previsión del art. 8 es sorprendente, pues nos dice que, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, la sanción vendrá dada por las “acciones locales” (sic) que puedan ejercitarse al amparo de la legislación específica de competencia desleal para los supuestos de obtención de las ventajas competitivas adquiridas mediante la infracción de una norma jurídica. Las responsabilidades administrativas se hallan contempladas en la Ley 9/1975, concretamente en sus arts. 35 y 36. El art. 35.3 califica de infracción grave la venta al por menor de libros al público realizada contra lo dispuesto en el art. 33, previendo el art. 36 sanciones de 10000 a 50000 ptas, además de la suspensión (supongo que de la actividad de venta) de 4 a 9 días.

Es preciso advertir que España no es una excepción en Europa por lo que respecta al precio fijo en los libros. Otros países europeos imponen legalmente un precio fijo a los libros, como es el caso de Alemania, Austria, Francia, Grecia y Portugal. Dinamarca, Holanda y Luxemburgo, si bien no lo imponen mediante medidas legislativas, dan validez a acuerdos entre los editores y distribuidores con el mismo efecto. Suecia (desde 1970) e Irlanda y Gran Bretaña (desde 1995) por el contrario, han eliminado el sistema, antes en vigor, de precios mínimos de venta de los libros.

La normativa española, y otras similares, que imponen un precio fijo de venta de los libros por cualquier minorista a los consumidores finales resulta llamativa, de entrada, en cuanto nos detenemos mínimamente a comparar sus rasgos esenciales con los de otros productos, incluso con otros dotados, al igual que el libro, de una fuerte componente cultural¹¹.

En otros productos o servicios no se observa que los precios se fijen, para toda la cadena de distribución, por el productor del bien, y mucho menos que tal fijación esté respaldada con una previsión legal específica, apoyada incluso en sanciones administrativas. El precio de venta al público se determina, en general, como consecuencia de la competencia entre los distintos escalones de la cadena de distribución, incluidos los minoristas, de forma que los consumidores se benefician, como consecuencia de tales presiones competitivas a la baja, de precios más reducidos.

¹¹ No hay precio fijo para los conciertos de música clásica, ni para los de música pop, ni para los CD con música de cualquier clase, ni para las entradas a museos o salas de teatro, por ejemplo. Dentro de los bienes y servicios de naturaleza cultural el precio fijo de los libros es una anomalía, no una regularidad.

Más aún, la imposición por el productor de precios fijos de venta al público es uno de los ejemplos más obvios y reconocidos de entre las llamadas restricciones verticales a la competencia. Como es bien conocido, la enemistad de la teoría económica, así como del Derecho de la competencia, hacia las restricciones verticales, se ha mitigado sensiblemente en los últimos años¹². Buena prueba de ello es el Reglamento del Consejo 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999¹³, sobre exención en bloque de restricciones verticales. Sin embargo, la fijación de precios por el productor para toda la cadena de distribución sigue contemplándose con notorio disfavor por parte de las legislaciones *Antitrust* a ambos lados del Atlántico. El propio Reglamento 2790/1999 incluye la fijación de precios entre la lista negra de cláusulas prohibidas que impiden la exención en bloque. Y en Estados Unidos, la tradicional ilegalidad *per se* de las cláusulas de fijación de precios (*resale price maintenance*) impuesta de antiguo (*Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U. S. 373 (1911)), se ha visto relajada a favor de una aproximación basada en la *rule of reason* (*State Oil Company v. Kahn*, 522 U. S. 3 (1997)), pero el cambio se excluye precisamente para la fijación de precios mínimos de venta a los consumidores finales.

Es cierto, no obstante, que el Tribunal de Luxemburgo¹⁴ no ha condenado en cuanto tal la promulgación por los Estados Miembros de medidas legislativas por las cuales se imponga que el precio de venta al público de los libros sea fijado por el editor o importador, siempre y cuando ello no suponga una restricción a la libre circulación de mercancías¹⁵.

3. Las razones del precio fijo

En todo caso, lo anómalo de las medidas normativas que establecen de modo obligatorio el precio fijo en los libros conduce, de modo natural y acaso inevitable a suscitar la cuestión de la finalidad perseguida por tales medidas.

¹² Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 32, para Europa. Andy CHEN y Keith HYLTON (1999), "Procompetitive Theories of Vertical Control", 50 *Hastings Law Journal*, p. 575, para el Derecho norteamericano. La opinión común es que el cambio de actitud en la teoría económica precedió y fue causalmente relevante para el cambio de actitud en los respectivos Derechos de la competencia.

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

¹⁴ Sentencia del TJCE de 10 de enero de 1985, Asunto 229/83, "Asociación de centros de distribución *Édouard Leclerc c SARL "Au blé vert" y otros*". Hay que advertir, sin embargo, que el propio TJCE cualifica con sutileza su admisión, al afirmarla "en el estado actual de la legislación comunitaria y en ausencia de una política de la competencia en relación con el comercio del libro", además de negar que la protección de la creatividad y la diversidad cultural pueda en ningún caso ampararse en el art. 30 (antiguo art. 36 del Tratado)

¹⁵ De hecho, la sentencia *Leclerc* consideró contrarias al art. 28 (antiguo art. 30) del Tratado algunas disposiciones de la legislación francesa sobre el precio fijo de los libros, notablemente la obligación de depósito y la sujeción al precio fijo de libros exportados y luego reimportados. En una sentencia anterior, la Sentencia del TJCE de 17 de enero de 1984, Asuntos 43/82 y 63/82, "VBVB y VBBB c Comisión", el Tribunal había declarado contrarias al Derecho comunitario de la competencia los acuerdos de fijación de precios de venta al público de libros que afectaban a los libros en lengua neerlandesa, tanto en Holanda como en la zona flamenca de Bélgica. Sobre ambas sentencias, véase 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 y ss.

Conviene empezar por la propia confesión del autor de la norma. El legislador de 1975 no fue nada explícito en cuanto a los objetivos y motivaciones de la normativa del precio fijo, pero sí lo fue más el reglamentador de 1990. En efecto, en el Preámbulo al Real Decreto 484/1990 se mencionan hasta tres propósitos perseguidos por la política de precio fijo obligatorio para todos los vendedores al consumidor final. De un lado, favorecer una oferta editorial y librera plural, así como una oferta culturalmente plural, heterogénea y rica. Un argumento, podríamos decir, culturalista.

A continuación, sin embargo, se maneja en el Preámbulo un argumento exquisitamente económico: la fijación de precios por el editor permitirá que la competencia entre establecimientos detallistas de distinto tamaño se establezca sobre factores diferentes al precio, posibilitando una oferta plural y un mayor número de puntos de venta, en beneficio del consumidor final, esto es, del lector. En definitiva, se supone que para los consumidores de libros es más deseable que los minoristas compitan en factores distintos al precio (amplitud de oferta de títulos, asesoramiento a la compra, comodidad y estética de los puntos de venta, etc.) y al eliminarse la competencia en precio, no les quedará a los vendedores al detalle que competir en aquellos otros aspectos, con el consiguiente beneficio del consumidor.

Finalmente, con menor relieve, aparece el argumento de la competencia desleal: el precio fijo impide conductas y actuaciones competitivas desleales en el sector del libro.

Analicemos brevemente la consistencia interna de tales fines o la de su relación con el medio empleado –la fijación de precios legalmente impuesta-. En cuanto a esta última línea de argumentación, la de la lealtad en la competencia, no se puede sino rechazar de plano su consistencia. No es más que una mera excusa. No hay ninguna razón para entender que los descuentos en precio en el ámbito del libro pueden ser (lógicamente, en ausencia de su prohibición legal y de su deslealtad por el juego del art. 15 LCD) más propicios a la deslealtad concurrencial que los descuentos, por ejemplo, en la fruta, el teatro o los viajes combinados. En sí mismos, incluso, podríamos decir que su posibilidad de afectar negativamente a la lealtad en la competencia es menor, dada la radical fungibilidad de los ejemplares de un mismo título, al contrario de lo que ocurre en otros muchos productos y servicios.

En cuanto a las bondades para los consumidores de la competencia en factores distintos al precio, no se pueden tampoco sostener con carácter general (a salvo los factores de servicios en paralelo o protección de imagen empresarial que se mencionan más abajo), ni para el comercio de libros más específicamente. No hay un solo motivo *a priori* que haga deseable restringir la competencia en precio para que los minoristas hayan de concentrar todos sus esfuerzos competitivos en otras dimensiones del producto final al consumidor. ¿Se benefician de verdad los consumidores si en lugar de poder adquirir los libros a mejor precio pueden contar con suntuosos establecimientos para adquirirlos? Lo dudo. En todo caso, a falta de graves asimetrías informativas (que no parecen mayores para los libros que para otros productos, y acaso sean sistemáticamente menores) son los

propios consumidores los que están en mejores condiciones para apreciar qué dimensiones del comercio de libros (precio, asesoramiento, comodidad y calidad de instalaciones, variedad de títulos) son más valoradas y apreciadas, de forma que, en un marco de libertad de instrumentos competitivos, los comerciantes minoristas proporcionarán a sus clientes la combinación de las mismas que prefiere el consumidor marginal –en sentido económico–.

La variedad cultural tiene más enjundia como fundamento del precio fijo. Se basa en un doble presupuesto, normativo en un aspecto, empírico en el otro. El presupuesto normativo es que la variedad es un bien social deseable por sí mismo en la oferta de títulos en forma de libro. En un cierto nivel, esta afirmación normativa es dudosamente discutible. Hay gran evidencia histórica de que las sociedades culturalmente más plurales y variadas son más dinámicas en todos los aspectos de la vida social, cultural y económica. Ahora bien, no es tan seguro que maximizar la variedad sea sin más calificaciones el objetivo a perseguir. Es posible, por ejemplo, pensar que pueda darse un exceso de variedad, en detrimento, por ejemplo, de la calidad. En otras palabras, que probablemente se puede entender que hay un punto óptimo de variedad en los libros de una cierta clase, más allá del cual el bienestar social se reduce. El problema, desde luego, es la determinación de cuál es ese nivel óptimo de variedad. La posibilidad efectiva de acercarnos a su conocimiento es más que relativa¹⁶.

En cuanto a la dimensión empírica del argumento, el Real Decreto 484/1990 supone que el sistema de precio fijo es capaz de inducir una mayor variedad de títulos. Ahora bien, esta es una cuestión empírica, mucho más si, como hace el Preámbulo, no se aclaran los mecanismos por los cuales el precio fijo está en condiciones de mejorar la diversidad cultural en los libros. Posiblemente los autores del Real Decreto pensaran en dos vías, una que se refiere a los libreros, y otra a los editores. De un lado, al garantizarse a los minoristas un margen comercial alto, al abrigo de toda erosión por presiones de la competencia en precios, estos vendedores tendrán menos incentivos a retirar de las librerías con rapidez los títulos de éxito no inmediato, de venta lenta o “de fondo”. De otro, al tener también los editores un precio alto garantizado para los libros de éxito, merced al margen que obtienen con los de gran tirada pueden subsidiar la edición de los libros de menor éxito, pero de gran importancia para la diversidad cultural de obras escritas¹⁷. Esta segunda vía está particularmente necesitada del precio fijo, se suele argüir, a la vista de la notable incertidumbre que rodea a las expectativas de triunfo de un cierto título antes de su salida al mercado¹⁸.

¹⁶ Véase, Stanley BESEN (1987), “New Technologies and Intellectual Property: An Economic Analysis”, Rand Corporation Note, sobre las dificultades para definir el nivel óptimo de variedad en un ámbito estrechamente relacionado con el nuestro, como es el del impacto de la propiedad intelectual en el número y variedad de productos intelectuales.

¹⁷ Véase una defensa económica de este razonamiento en Jürgen BACKHAUS y Reginald HANSEN (2002), “Resale Price Maintenance for Books in Germany and the European Union: A Legal and Economic Analysis”, en Clemens Esser y Michael Stierle (editores), *Current Issues in Competition Theory and Policy*, VWF, Berlin, p. 305-306.

¹⁸ Este argumento del subsidio cruzado entre los libros de éxito y los de calidad intrínseca fue uno de los principales manejados en el debate decimonónico acerca de la conveniencia de que existiera un derecho monopolístico como el

La respuesta a la pregunta de si el precio fijo aumenta o no de forma apreciable la variedad de títulos sólo puede ser empírica. No parece existir (o al menos, yo no la he encontrado) evidencia en un sentido o en otro¹⁹, por lo que la respuesta definitiva no parece posible en este momento, y no hay más remedio que, dados los conocimientos de que disponemos, limitar la reflexión a los argumentos teóricos. En este plano, ninguna de las dos vías de incidencia del precio fijo sobre la diversidad de títulos parece muy convincente. Por lo que respecta a los libreros, porque el precio fijo no les da incentivos a los libreros a mantener largo tiempo en *stock* los títulos de poca salida comercial. El margen les da beneficios, claro, pero si una gestión más acelerada de inventarios les permite reducir costes, lo harán, dejando sin validez el argumento del incentivo a mantener en librería un fondo amplio y variado. En cuanto a los editores, el razonamiento tampoco es del todo convincente si se piensa que su margen no depende *per se* del precio final, sino de su precio de venta a los distribuidores. Por ejemplo, si un minorista hace un descuento del 20% esto no supone que el precio que recibe el editor vaya a ser inferior en un 20%, por lo que sus incentivos a apostar por la variedad no se ven disminuidos. Ello se refuerza si se piensa en la escasa sustituibilidad entre títulos distintos, lo que hace que cada título sufra relativamente pocas presiones competitivas de títulos diferentes.

Adicionalmente a las motivaciones ofrecidas por el propio Real Decreto 484/1990 se han propuesto otras de diversa naturaleza, fundamentalmente económica.

El citado informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1997 menciona como posible, aunque para luego descartarla, una de carácter marcadamente económico, el argumento del doble margen (*double marginalization*)²⁰. Se trata de un argumento estándar para sostener la eficiencia y el carácter no anticompetitivo de las fijaciones del precio de venta por el productor para toda la cadena de distribución: si tanto el productor del bien²¹ como el vendedor tienen poder de mercado, la fijación de precios separada por cada uno, en persecución del máximo beneficio individual, determina que el precio final de venta al público sea demasiado alto (superior al de un productor monopolista que vendiera directamente al público) y los beneficios de ambos, inferiores (el precio que maximiza el beneficio es, por definición, el que fijaría el monopolista vendedor directo). Un instrumento económico (aunque no el único) para eliminar este problema es precisamente la fijación del precio de venta al público por parte del productor²².

derecho de autor sobre los productos intelectuales. Una síntesis de esta polémica, en el clásico artículo de Arnold PLANT (1934), "The Economic Aspects of Copyright in Books", 1 *Economica*.

¹⁹ El Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1997 no contiene un estudio empírico, sino tan sólo una descripción de la estructura del mercado de libros en España. El más completo estudio empírico sobre la materia (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 ofrece un resultado concluyente.

²⁰ El término procede del "margen" que cada monopolista obtiene por encima de su coste marginal.

²¹ Lo que puede ser plausible en el mercado del libro, dado el carácter escasamente sustituible de los distintos títulos, a pesar de la notable fragmentación del mercado editorial español.

²² Una presentación asequible de la cuestión en Luís M. B. CABRAL (2000), *An Introduction to Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge (MA), p. 190 y ss. El análisis de las distintas alternativas del productor, en Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 307 y ss.

El inconveniente de este argumento para el precio de los libros es precisamente que en el sector minorista no se aprecia con carácter general la existencia de poder de mercado que pueda dar lugar al dilema del doble margen. En el caso español, la concentración en el tramo minorista del comercio del libro es muy reducida, lo que hace altamente improbable el poder de mercado en este segmento, y priva de vigencia al razonamiento anterior para el mercado español del libro.

Otros argumentos comunes en la teoría económica para sostener el uso no anticompetitivo de las restricciones verticales, como la fijación del precio, se refieren a la necesidad de dar incentivos a ofrecer servicios preventa y postventa a los consumidores, o a proteger la imagen y reputación del producto, que pueden ponerse en riesgo con una excesiva competencia en precio entre los vendedores al detalle²³.

Piénsese en la posibilidad de que para los consumidores finales resulte relevante la provisión de servicios adicionales al producto en sí por parte de los minoristas, antes o después de la adquisición del mismo. Por ejemplo, la información sobre el uso del producto, cuando éste es complejo, la presentación del producto, o servicios de reparación postventa, cuando el producto es de uso continuado, son prestaciones adicionales que los consumidores valoran (cuanto mejores sean estos servicios, mayor será la demanda del producto) pero que son costosas para los minoristas, que tendrán que contratar personal especializado en informar o reparar, o acomodar espacios físicos para la reparación, etc. Puede ocurrir, entonces, que si la competencia en precio entre minoristas es intensa, éstos puedan tratar de gorronear (*free-ride*) los servicios preventa y postventa facilitados por los demás minoristas, ahorrar coste y así atraer clientes que se limitarán a comprar el producto en ese minorista, pero que habrán sido previamente informados de su uso por otro minorista que sí proporciona esas prestaciones adicionales. En definitiva, una competencia generalizada en precios puede hacer caer los niveles de tales servicios, y con ellos, caerán la demanda del producto y el bienestar de todos los sujetos involucrados, productor y consumidores.

Algo similar ocurre con los productos de marca o de prestigio, en los que el mantenimiento de la imagen de los mismos requiere fuertes desembolsos adicionales de los vendedores minoristas para preservar esta imagen global de calidad. Aquí también una fuerte competencia en precio entre minoristas puede dar lugar a una caída de los niveles de inversión en imagen por debajo de los óptimos.

Para evitar estas consecuencias negativas, una opción potencialmente atractiva, pues elimina las tensiones de la competencia en precio entre minoristas, es la fijación de precios de venta por el productor. Ahora bien, trasladar este argumento al mercado del libro presenta serios problemas, en mi criterio. Aunque no es descartable del todo que los servicios de información de los libreros al

²³ Una completa síntesis de estos argumentos y de su traducción en Derecho de la competencia, en Andy CHEN y Keith HYLTON (1999), "Procompetitive Theories of Vertical Control", 50 *Hastings Law Journal*, p. 601 y ss.

potencial adquirente de libros puedan ser un aliciente para preferir un determinado minorista en lugar de otros, no parece que en el caso de los libros nos hallemos ante un bien en el que los servicios complementarios (notoriamente los posteriores a la adquisición, pero también los anteriores: muchas compras de libros lo son por obligación, escolar o universitaria, mayoritariamente, y no por gusto; y en las compras por gusto, al cabo de pocos años de experiencia lectora uno ya sabe a qué atenerse, a lo que se añade la profusión de medios de información al lector potencial por medio de reseñas, críticas, programas y revistas culturales, etc.) tengan incidencia apreciable en la demanda por parte de los consumidores. Tampoco la imagen de marca y la reputación editoriales parecen verse muy afectadas por las condiciones de distribución. Por un lado, porque las imágenes de marca editoriales son, en términos relativos, débiles. Las “marcas” reputadas en el sector del libro son generalmente las de los autores, mucho menos las de los editores. Además, la heterogeneidad actual de los puntos de venta (de un aeropuerto a una papelería, de una librería seria a un quiosco de periódicos, pasando por internet) hace inaplicable el argumento del *free-riding* entre libreros en perjuicio de la imagen del editor.

Un argumento económico más sofisticado, y en primera lectura, más convincente, es el que se basa en la incertidumbre que rodea la demanda de un título concreto, y en los posibles problemas de inventario de los libreros, que pueden dar lugar a decisiones subóptimas para los intereses conjuntos de toda la cadena de distribución, y que pueden ser corregidos mediante una política de precios fijos.

En sustancia el argumento es como sigue²⁴: la demanda de cada título por los consumidores resulta *ex ante* altamente incierta, y las decisiones de producción del número de ejemplares por parte del editor y de inventario por parte de los minoristas deben hacerse, en buena medida, antes de que la incertidumbre sobre el éxito o el fracaso de un cierto título se despeje. Si resulta que un determinado libro es un fracaso, y los inventarios de los libreros son elevados, hay un gran incentivo a “tirar” los precios de los ejemplares para deshacerse de este costoso inventario. Anticipando que, *ex post*, bajarán mucho los precios y competirán ferozmente, los minoristas pueden evitar esta guerra de precios *ex ante* decidiendo mantener unos inventarios demasiado escasos de todos los títulos (recuérdese, en ese momento no se puede conocer el éxito o el fracaso de un título en concreto), por debajo de los que los editores y los consumidores desearían. Un mecanismo eficaz para asegurar a los libreros que esta destructiva competencia de los títulos poco comerciales no tendrá lugar, y así inducirles a tomar decisiones más generosas en cuanto a inventarios, es precisamente el precio fijo, que elimina de raíz la guerra de precios *ex post* y facilita *ex ante* mejores decisiones de los minoristas sobre inventarios.

²⁴ El argumento procede de Raymond DENECKERE, Howard MARVEL y James PECK (1996), “Demand uncertainty, inventories, and resale price maintenance, 111 *Quarterly Journal of Economics*, p. 885; Raymond DENECKERE, Howard MARVEL y James PECK (1997), “Demand uncertainty and price maintenance: markdowns as destructive competition”, 87 *American Economic Review*, p. 619. Una síntesis asequible de estas teorías en 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.

A pesar de su sofisticación, algunas objeciones pueden señalarse en relación con esta argumentación. En primer lugar, no cabe duda de que las mejoras técnicas y el abaratamiento, tanto en la producción de ejemplares como en el inventario de los mismos, han permitido en los últimos años tiradas más pequeñas, más económicas, y que pueden estar en manos de los consumidores en un tiempo mucho más corto, lo que reduce muy significativamente la adopción de decisiones irreversibles y costosas de publicación y de volumen de inventario. Además, el supuesto de incertidumbre radical acerca de la demanda de un cierto título es marcadamente exagerado. Aunque lejos de ser perfecta, la posibilidad de anticipar la demanda futura de un libro parece ser bastante elevada en la mayor parte de los casos, dada la experiencia de las empresas editoriales.

Lo más importante, sin embargo, es que el mismo resultado se puede obtener sustancialmente²⁵ con un instrumento (una restricción vertical, si se prefiere) menos agresivo y destructor de la competencia que la fijación legal o convencional de precios. Me refiero a la concesión a los libreros de la opción de devolver los ejemplares no vendidos a un precio prefijado de antemano: con esta opción, la posibilidad de una guerra de precios para deshacerse del exceso de ejemplares de los libros sin éxito desaparece, porque los minoristas pueden siempre devolverlos al editor o distribuidor a un precio conocido de antemano. Su carácter sustitutivo en relación con la fijación de precios se demuestra por la popularidad de su uso en aquellos países en los que la fijación de precios de venta al público de los libros es ilegal (Australia, Estados Unidos)²⁶. Otra importante ventaja añadida de la opción de devolución frente a la fijación de precios es que la segunda no permite trasladar a los consumidores finales de libros las economías de escala en la gestión de inventario, mientras que la devolución es compatible con que los consumidores se beneficien de una más eficiente gestión de inventario por parte de los minoristas de libros. En efecto, el inventario genera costes a los minoristas, pero estos costes son menores cuanto más eficiente es su gestión y cuanto mayor es el volumen de negocio, porque a mayor nivel de ventas, típicamente es menor la proporción entre inventario y ventas que permite una gestión sin *stock-outs* peligrosos²⁷. Estos ahorros de coste no pueden trasladarse a los consumidores con el precio fijo, pero no se ven impedidos por la alternativa de la devolución de inventario no vendido.

²⁵ El resultado no es absolutamente idéntico, porque la distribución de riesgo no es exactamente la misma, siendo más favorable a los editores la fijación de precios. Pero esto no altera que su efecto en relación con los incentivos a las decisiones de inventario de los minoristas son los mismos. Véase, 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 Eugene KANDEL (1996), "The right to return", 31 *Journal of Law and Economics*, p. 330.

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

4. Interpretación extensiva o restrictiva de la prohibición de descuentos y teoría de la interpretación de la ley

Del repaso y análisis de los distintos argumentos que se han aportado, o se pueden teóricamente aportar, a favor de la deseabilidad social y económica de la imposición legal de precios a la venta al público de libros, la conclusión es relativamente descorazonadora. Aunque no pueda afirmarse con total rotundidad, pues falta evidencia empírica, el análisis teórico permite argüir que, con elevada probabilidad, la obligatoriedad legal del precio fijo en los libros no es la alternativa más sensata y satisfactoria, ni siquiera para obtener las funciones económicas que un sistema de precio fijo puede razonablemente perseguir. Como se acaba de comprobar, un sistema voluntario, basado en el contrato, por el que los libreros pueden devolver los *stocks* no vendidos a precios previamente estipulados puede conseguir resultados equivalentes a los del precio fijo, pero con menores costes para la competencia en el mercado de libros y, en definitiva, para el bienestar cultural y económico de la sociedad.

De hecho, la teoría que juzgo más plausible para explicar (que no justificar) el sistema de imposición legal del precio fijo en los libros es la que apunta, aquí sí certeramente, el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1997²⁸: se trata de un instrumento estratégico por parte de los editores y de los minoristas de escasa dimensión para hacer frente al que podría ser el creciente poder de mercado de vendedores al detalle a gran escala. Los editores protegen sus márgenes, que podrían peligrar en sus dimensiones actuales de tener que negociarlos con minoristas poderosos, y los pequeños libreros simplemente desafían su desaparición a manos de detallistas más eficientes en términos de coste y relación servicio/precio.

Sin embargo, es indudable que, cualquiera que sea el juicio que nos pueda merecer la bondad y efectos del sistema de precio fijo en los libros, nos hallamos ante un régimen impuesto por una norma de rango legal que está vigente, la Ley 9/1975, desarrollada por una norma reglamentaria igualmente vigente, la del Real Decreto 484/1990. Si un vendedor al detalle de libros, gran almacén, gran superficie, pequeño librero u otra clase de minorista, vendieran libros al público con un descuento sobre el precio fijado por el editor de un 30%, por ejemplo, habría que concluir que se habría vulnerado la legislación sobre precio fijo, dado que se nos hallaríamos ante una conducta abiertamente contraria a los descuentos máximos previstos por el Real Decreto 484/1990 y, como consecuencia de ello, asimismo podría hablarse de una conducta desleal por vulneración de normas en el sentido del art. 15 LCD.

²⁸ p. 18. En el mismo sentido, Wolfgang EISENBAST (2000), "Die Buchpreisbindung aus ökonomischer Sicht", 9 *Wirtschaftsdienst*, p. 560. Por otra parte, es claro en la teoría económica que la fijación de precios es un buen instrumento para mejorar las condiciones de comportamientos colusivos entre los productores, en este caso entre los editores: Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 359.

Ahora bien, los casos con los que se abría el presente trabajo no son tan sencillos de calificar como la conducta que se acaba de caracterizar. La normativa de precio fijo del libro prohíbe los descuentos más allá de los límites señalados por el Real Decreto 484/1990, pero guarda silencio, al menos en sentido textual, sobre otras prácticas comerciales tales como los obsequios o las promociones²⁹, conductas que, con carácter general, son perfectamente legítimas como instrumentos competitivos de los participantes en el mercado para mejorar su situación concurrencial y aumentar las ventas al detalle que realizan. Para abordar estos casos, pues, hace falta adoptar alguna estrategia interpretativa que permita decidir si la normativa sobre precio fijo de los libros debe o no extender su ámbito de aplicación más allá de su significado literal. En otras palabras, ¿debemos calificar de fraude a la ley la utilización de primas y obsequios que puedan tener un impacto sobre las decisiones de compra de libros de los consumidores parangonables a las de los descuentos prohibidos?

La reacción de una buena parte de quienes se han ocupado de la cuestión ha sido nítida y, casi podríamos decir, instintiva. Dado que los obsequios o las promociones en las que de algún modo se ven afectados los libros tienen efectos cuanto menos similares sobre los consumidores a los de los descuentos vedados por el reglamento, no cabe duda de que la interpretación espiritualista de la norma que prevé como preferente el art. 3 CC impone la interpretación extensiva de la regla sobre descuentos y, por tanto, la ilicitud de las conductas en cuestión³⁰. Se diría, como el fin o espíritu de la norma es restringir la competencia en precio, cualquier práctica comercial que pueda considerarse equivalente o similar a la competencia relativa al precio debe reconducirse dentro de la prohibición.

La cuestión no es, sin embargo, tan simple. La estrategia espiritualista o finalista, si se adopta en cuanto tal, en buena lógica debiera adoptarse hasta el final, sobre todo si su adopción no se apoya, como ocurre en los comentarios que se acaban de reseñar, en una teoría de la interpretación articulada. Una interpretación teleológica (que aquí, de forma acaso sorprendente, se equipara a una visión económica –la equivalencia de efectos económicos- y no jurídico-formal) a conciencia haría sustancialmente inviable cualquier práctica comercial de promoción en relación con el libro. Por ejemplo, la interpretación espiritualista impediría que un librero ofreciera aplazamiento de pago sin interés, aparcamiento gratuito a sus clientes, o un café sin coste adicional, o incluso un cómodo sillón para hojear las adquisiciones proyectadas o recientes, toda vez que todos estos comportamientos constituyen una estrategia de competencia con otros minoristas que, directa o indirectamente hacen menos costosa la compra de libros, pues el consumidor se ahorra con ellas el precio de la financiación, del aparcamiento o del café, que son prestaciones que se ofrecen en el mercado por un precio. Incluso, en cierto modo la oferta de libros por internet asumiendo el vendedor los costes de envío debiera

²⁹ El término venta con obsequios es el de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. Las legislaciones autonómicas hablan de venta con prima, con regalos, promocional e, incluso, alguna (Castilla-La Mancha, en concreto) habla de descuento o prima.

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), *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Cívitas, Madrid, p. 453.

igualmente quedar sujeta a la prohibición, pues comparte los rasgos esenciales, en una interpretación espiritualista, de los descuentos.

¿Estamos de verdad en todos los ejemplos anteriores ante prácticas en fraude a la ley que impone el precio fijo, y constitutivas, por tanto, de deslealtad concurrencial? Lo dudo. En este sentido, una interpretación espiritualista coherente y rigurosa carece de límites precisos de aplicación y puede conducir, como se acaba de ilustrar, a resultados abiertamente indeseables. En su propósito de servir obedientemente a las aspiraciones del legislador o del Gobierno responsable del desarrollo reglamentario, la interpretación extensiva de la prohibición legal y reglamentaria puede dar lugar a un nivel de restricción a la competencia en el mercado del libro muy superior a aquel que los autores de las normas pudieron jamás imaginar. Es cierto que el art. 4.2 CC veta la interpretación analógica de las reglas excepcionales. Visto el más que tormentoso fundamento confesable del sistema de fijación del precio de venta al público de los libros, y su contraste con principios de libertad contractual y libertad concurrencial esenciales en nuestro sistema jurídico y económico, creo que no será muy discutible la calificación como derecho excepcional de la prohibición de descuentos. Así pues, la analogía resultaría vedada. Aunque útil, esta prohibición de analogía, no es solución segura, ni mucho menos. No garantiza, por ejemplo, protección frente al agotamiento del sentido posible de los textos legales aplicables al efecto, pero que pueden producir resultados interpretativos abiertamente indeseables, en cuanto totalmente impositivos de prácticas de promoción en el mercado del libro.

La excepción al consenso espiritualista en este terreno viene representada por Ángel CARRASCO³¹, quien se muestra decidido partidario de una interpretación formalista y restrictiva de la prohibición reglamentaria de los descuentos, apoyando, además, su posición, al contrario que los espiritualistas, en una explícita formulación de teoría de la interpretación.

CARRASCO distingue entre dos clases bien diferenciadas de normas. Unas, las que expresan valores de justicia sobre los que existe un consenso, de modo que constituyen valores sociales compartidos. Otras reglas, por el contrario, son meras reglas de oportunidad (en el mejor de los casos), o de redistribución, pero en todo caso, fruto de opciones reguladoras no esenciales y permanentes, sino puramente contingentes, variables y sujetas a los vaivenes políticos, de intereses, o de conveniencia. Las normas de la primera clase constituyen el objeto propio de la directiva de interpretación teleológica contenida en el art. 3 CC. Las de la segunda, por el contrario, no deben ser objeto de interpretación extensiva, sino que los cánones de interpretación ajustados a las mismas son los de interpretación literal y sistemática.

Las reglas que fijan límites a los descuentos en el precio de los libros corresponden al segundo grupo de los descritos y han de ser, por tanto, de interpretación estricta: los obsequios no son en sí mismos

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

descuentos, y el intérprete no puede aquí ir más allá de la letra estricta y del sistema interno a las propias normas objeto de interpretación. Más aún, una interpretación extensiva supondría colocar de forma indiscriminada al derecho privado y, en particular, al de competencia desleal, al servicio de normas administrativas de finalidad gremial, a pesar de que ya existen las sanciones administrativas para disuadir las conductas prohibidas por la legislación específica del precio fijo de los libros.

No puedo estar más de acuerdo con la propuesta específica de interpretación restrictiva en este contexto avanzada por CARRASCO³². Igualmente, me parece inviable proponer una u otra estrategia de interpretación de la norma sin un apoyo explícito en una teoría de la interpretación si no general, al menos susceptible de generalización, y de la que quepa deducir indicaciones interpretativas suficientemente precisas.

La teoría de la interpretación sustentada por CARRASCO, no obstante, presenta varios flancos a la crítica. En primer lugar, se trata de una teoría de la interpretación de carácter retrospectivo, con los inconvenientes que toda teoría retrospectiva trae consigo y que brevemente expondré en los párrafos siguientes. En segundo lugar, las posibilidades que ofrece esa teoría de suministrar directivas razonablemente precisas al intérprete son limitadas, porque la distinción de base entre normas de justicia o socialmente compartidas y normas de oportunidad es una distinción notoriamente difícil de concretar en la realidad, y puede abrir, en cambio, notables incertidumbres de calificación de las normas respectivas. En cierto modo, recuerda vagamente a la teoría de la interpretación de DWORKIN, que se funda sobre el supuesto de la existencia de principios coherentes de justicia dentro de la constitución y el resto del sistema jurídico.

Aunque no es esta la sede para elaborar por extenso una teoría de la interpretación, sí es preciso dar algunas indicaciones que permitan sustentar las propuestas específicas de interpretación de la normativa sobre el precio fijo de venta de libros al público.

Para comenzar, habría que distinguir entre estrategias interpretativas retrospectivas y prospectivas. Las primeras tratan de construir criterios de interpretación que miran al origen de la norma, a sus circunstancias, autores o a las propias normas legales –o constitucionales– sobre interpretación. Muchas de las estrategias de interpretación son producto de teorías retrospectivas, como la búsqueda de la *ratio legis*, la búsqueda de la voluntad del legislador, la reconstrucción del espíritu de la norma, o el formalismo a ultranza y por principio (por ejemplo, por exigencia del principio democrático y de la necesaria restricción de la libertad de acción de órganos no electos, como los tribunales). Aunque pueden resultar útiles en alguna circunstancia, y además la mayor parte de los criterios legales de interpretación tienen este sesgo retrospectivo, por su propia naturaleza no pueden dar razón del carácter dinámico de la tarea interpretativa, de que la interpretación es un “juego” donde interaccionan estratégicamente distintos actores, produciendo determinados resultados, no siempre

³² Y que, en último extremo, el Tribunal Supremo ha hecho en sustancia suya al rechazar la deslealtad de las conductas indicadas, tal y como se ha relatado en la sección I de este trabajo.

previstos o deseados por las visiones retrospectivas. En todo caso, las estrategias retrospectivas no son las únicas existentes³³ ni, acaso, las de mayor virtualidad para el intérprete y las de mayor eficacia para un mejor funcionamiento de los sistemas jurídicos en su conjunto.

Las estrategias interpretativas prospectivas o pragmáticas³⁴ son las que atienden a los efectos de las distintas opciones interpretativas en juego sobre los comportamientos reales de los sujetos afectados. Pero los sujetos afectados no son sólo los destinatarios finales de las normas, sino también, y en muchas ocasiones, prioritariamente, los agentes jurídicos que tienen potestades normativas e interpretativas, en función de sus respectivas posiciones, rasgos y ventajas comparativas de carácter institucional. En concreto, la evaluación de las alternativas de aproximación a las normas objeto de la interpretación requiere una consideración de los probables efectos de las mismas sobre los siguientes elementos:

De una parte, las conductas de los agentes institucionales afectados: legisladores en sus diferentes manifestaciones, gobiernos con potestad normativa, agencias reguladoras con facultades de interpretación y aplicación de normas y, por supuesto, los tribunales de justicia en todos sus niveles, hasta el constitucional. En este aspecto, el coste y la eficacia relativa de las reacciones a las interpretaciones de los restantes agentes es un factor muy relevante a la hora de elegir una estrategia de interpretación sobre otras.

De otra, los sujetos y sus conductas de sujeción o elusión de la norma: la existencia y la ineficiencia de las alternativas de conducta elusiva no eliminadas por la estrategia interpretativa en cuestión. En este terreno, el Derecho tributario puede resultar, en cierto modo, más cercano al Derecho privado que a otros sectores del público, dado el relevante juego de los efectos de incentivo y huida hacia otras alternativas, y la primacía de los efectos jurídicos declarados frente a las apreciaciones de partida de las Administraciones.

Sin duda, esta visión más pragmática y consecuencialista de la interpretación de las normas jurídicas se alimenta, en buena medida, por las crecientes dudas acerca de la viabilidad última de la búsqueda de la *ratio legis*, del espíritu de la norma, y ello como consecuencia de una serie de factores diversos: la pérdida de confianza en la benevolencia de las finalidades del legislador (aplastante conciencia de

³³ El art. 3 CC no es obstáculo para la ampliación de las estrategias interpretativas, porque no contiene una lista cerrada de cánones de interpretación. Por otra parte, la finalidad de la norma puede acaso entenderse, más que como canon de interpretación teleológica o de *ratio legis*, como resultado global de la aplicación de los cánones interpretativos admisibles dentro de un cierto sistema jurídico. Sobre la transformación de la *ratio legis* de un canon (objetivo, frente a los subjetivos) más a producto de la interpretación, véase Jan SCHRÖDER (2002), *Recht als Wissenschaft*, Beck, München.

³⁴ Una buena introducción a las mismas, en Cass SUNSTEIN y 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 y ss. Los aspectos dinámicos (la interrelación y las reacciones y anticipación y respuesta a las reacciones de los restantes agentes normativos y de interpretación de las leyes) están bien analizados en William ESKRIDGE (1994), *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge (MA).

la presencia y la fuerza de los grupos de presión en el proceso de creación de normas, la percepción de la posible y acaso frecuente captura del legislador por intereses ajenos al bienestar general, la frecuencia con la que se produce legislación puramente redistributiva, con consecuencias negativas tanto para la eficiencia como para la equidad); la conciencia de que la existencia de un legislador único es una ficción, ya que no hay un legislador sino múltiples legisladores en un sistema jurídico que no sea una pura tiranía personal; la convicción, basada en la evidencia repetida, de que las razones perseguidas por los legisladores y plasmadas en los acuerdos, explícitos o implícitos, que se esconden tras una gran parte de las normas, son de ordinario múltiples, con frecuencia contradictorias y no siempre discernibles.

Como hemos comprobado en el apartado 3 anterior, en el caso de la normativa sobre el precio fijo de los libros, la indagación del espíritu de la norma no lleva demasiado lejos. ¿Qué ocurre con la interpretación pragmática? ¿Arroja soluciones o indicaciones más prometedoras? Por lo que se refiere a las consecuencias de los sujetos destinatarios de las normas, ya se ha mencionado antes que trazar la frontera de las conductas promocionales comprendidas en la prohibición no es consecuencia inmediata de una supuesta *ratio legis* (p. ej. evitar competencia en precios, pero no en “calidad” o en prestaciones adicionales): hay conductas promocionales que son obsequio a los efectos de la Ley 7/1996, pero no está del todo claro si son o no competencia en precio: transporte o aparcamiento gratuitos, paga a plazo sin interés, un café. Si todas las conductas que pueden afectar al precio, al elemento económico en la decisión de adquirir, se entienden, extendiendo la letra de la prohibición legal, sujetas a interdicción, sólo quedarían abiertas, como estrategias comerciales lícitas para aumentar la posición competitiva de los vendedores, las que se orientan a mejorar la calidad en el entorno de la adquisición, que no son necesariamente más favorables para los consumidores, ni socialmente más eficientes que las que se han mencionado antes y que comportan obsequios o primas para los adquirentes.

En cuanto a los aspectos institucionales, hay varios argumentos que hablan decididamente en favor de una interpretación restrictiva de las prohibiciones que mantienen el sistema de precio fijo en los libros.

En primer lugar, el coste de corrección de una cierta interpretación judicial es un elemento de ponderación de importancia decisiva. Aquí, el coste de corregir una aplicación restrictiva de la regla por parte de los Tribunales no es alto para el legislador. Dado que la norma con rango legal ha delegado las prohibiciones específicas en el desarrollo reglamentario, basta una norma reglamentaria que aclare qué actividades promocionales concretas se prohíben en relación con los libros, si el propósito de quien tiene la competencia para ello es una política expansiva de restricción de concurrencia en el mercado del libro, de forma que la competencia en este sector económico se reduzca simplemente a aquello que se refiere al entorno de adquisición. En este sentido, una orientación consecuencialista de la interpretación, atenta a los factores institucionales, promovería una interpretación de las normas reglamentarias más estricta o literalista que la de la ley y, no

digamos ya, de la Constitución. Al estar aquí en el primer caso, el formalismo interpretativo parece, *prima facie*, el mejor canon interpretativo para los Tribunales.

Por otro lado, parece indudable que, con carácter general, los tribunales de justicia, peritos en Derecho, no están bien situados para enjuiciar de forma habitual y sistemática en un proceso judicial los efectos sobre el bienestar general de las normas que han de interpretar. Sin embargo, para las reglas que, a simple vista, podríamos decir, son de efecto positivo dudoso o, cuanto menos, abiertamente excepcionales, una interpretación restrictiva y literalista es saludable. Lo es porque fuerza al autor de la norma a internalizar el coste en reputación ante la sociedad de una tal medida, y no permite al legislador o reglamentador externalizarlo sobre la administración de justicia, que responde mucho peor que las autoridades políticas a las percepciones públicas sobre el ajuste entre la reputación por lo hecho y las preferencias ciudadanas. También es deseable una interpretación restrictiva porque actúa de forma similar a como lo hace una *penalty default* en derecho de contratos³⁵: coloca el coste de la información y delimitación de las conductas prohibidas sobre quien conoce mejor el balance coste-beneficio (parece que el Ministerio de Cultura, que es el Ministerio sectorial competente en el sector del libro, debe conocer mejor que los Tribunales los efectos competenciales en el mercado del libro de las distintas medidas restrictivas de prácticas comerciales). Además, qué duda cabe, la interpretación apegada al texto de la prohibición, en este caso, aumenta la certidumbre jurídica de los operadores, que no han de estar pendientes de las, posiblemente muy distintas en cuanto a su alcance efectivo, interpretaciones extensivas que puedan hacer los distintos órganos judiciales (la interpretación estricta es menos incierta que la extensiva, que es múltiple y además con un elemento inevitable de varianza en sus aplicaciones en función del intérprete).

Ahora bien, interpretación pegada a la letra no quiere decir aquí, ni en otros lugares, conceptualismo a ultranza: las conductas, *per se* lícitas, pero que no tienen ningún fundamento económico salvo la elusión de la prohibición, deben entenderse prohibidas (sería el caso extremo de la doctrina americana del *business purpose*): donación de dinero al comprador tras la compra al precio fijo; exportación para reimportar y no sujetarse al precio fijo.

En definitiva, todos los factores apuntan a la conveniencia, a la hora de interpretar el alcance de las prohibiciones de descuento contenidas en la normativa específica sobre precio fijo de los libros (o, lo que es lo mismo, del enjuiciamiento como fraude a la ley de prácticas comerciales promocionales que no encajan exactamente en la prohibición textual) de que los Tribunales de Justicia opten por estrategias formalistas y restrictivas de interpretación de la ley, que es precisamente la que se ha acabado imponiendo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya se relató en el apartado 1.

³⁵ Sobre este concepto de las normas dispositivas “penalizadoras” o *penalty defaults*, véase mi trabajo, Fernando GÓMEZ (2002), *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Cívitas, Madrid, p. 104 y ss.

5. Conclusión

En síntesis, y para concluir, este trabajo proponía una ilustración de cómo la regla sobre fraude a la ley es un instrumento para obtener una interpretación finalista, o una extensión por analogía, en la aplicación de las normas. Como regla de interpretación que es, su uso debe guiarse por las estrategias interpretativas más convenientes en términos de incentivos a los agentes institucionales y a los destinatarios de las normas. En nuestra ilustración se ha fijado la atención en el tratamiento de prácticas comerciales de promoción en el sector del libro y su compatibilidad con el sistema del precio fijo, que han sido analizadas en los últimos años por la jurisprudencia española bajo el prisma del fraude a la ley. En esta materia de reglas restrictivas de la competencia en el sector del libro, se ha tratado de acreditar cómo la interpretación estricta de tales restricciones parece la más aconsejable, dados los efectos sobre los decisores públicos y sobre los competidores en el mercado de libros.

6. Bibliografía

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

Jürgen BACKHAUS y Reginald HANSEN (2002), "Resale Price Maintenance for Books in Germany and the European Union: A Legal and Economic Analysis", en Clemens Esser y Michael Stierle (editores), *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 edición, 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 y ss

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

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

Raymond DENECKERE, Howard MARVEL y James PECK (1996), "Demand uncertainty, inventories, and resale price maintenance, 111 *Quarterly Journal of Economics*, p. 885

Raymond DENECKERE, Howard MARVEL y James PECK (1997), "Demand uncertainty and price maintenance: markdowns as destructive competition", 87 *American Economic Review*, p. 619

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 y ss, p. 1266

Wolfgang ELSENBAST (2000), "Die Buchpreisbindung aus ökonomischer Sicht", 9 *Wirtschaftsdienst*, p. 558

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 y ss

Eugene KANDEL (1996), "The right to return", 31 *Journal of Law and Economics*, p. 329

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 y María Ángeles PARRA LUCÁN (2001), *Curso de Derecho civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona*, 2ª edición, Colex, Madrid

José MASSAGUER (1999), *Comentario 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 y 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 y ss

Pablo SALVADOR CODERCH, Albert AZAGRA MALO y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE (2004), "Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos", *InDret* 3/2004, Working Paper nº 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