

CAPÍTULO 2

Competencia desleal y *antitrust* en la contratación pública: ¿Un nuevo horizonte para el art. 3 LDC? (Comentario a la Sentencia núm. 0430/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 5 de noviembre de 2021)¹

Fernando Díez Estella

Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Villanueva

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CONTRIBUCIÓN DE LA CNMC AL ETERNO DEBATE SOBRE LA SUPRESIÓN –O NO– DEL ART. 3 LDC. 3. ¿UN NUEVO HORIZONTE PARA EL FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES? 3.1. Los hechos del Expediente *Arriva Galicia, S.L.* 3.2. Deslealtad concurrencial en la contratación pública. 3.3. La siempre procelosa “afectación del interés público” del art. 3 LDC. 4. VOTOS PARTICULARES Y OTRAS SINGULARIDADES. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

A nadie sorprende que, además del control de concentraciones (arts. 7 a 10 LDC), las dos áreas del Derecho de la Competencia en nuestro país más conocidas por la incoación de expedientes sancionadores contra las empresas y objeto de ejercicio por los abogados sean la prohibición de acuerdos colusorios (art. 1 LDC) y la de abuso de posición dominante (art. 2 LDC).

Hay, sin embargo, una tercera conducta sancionable en nuestro ordenamiento antitrust, que, por sus peculiaridades, no goza del mismo “prestigio” y visibilidad que las anteriores: el falseamiento de la competencia por actos desleales, previsto en el art. 3 LDC. De hecho, cuando se planteó la reforma de nuestra venerable Ley 16/1989, que culminó con la vigente Ley 15/2007, un amplio sector, por no decir la totalidad de agentes del ecosistema de derecho de la competencia en España, estábamos convencidos de que el precepto (entonces art. 7 LDC 1989) iba a desaparecer de nuestro ordenamiento, y de ahí los cantos fúnebres² que entonces se entonaron.

Sin embargo, y teniendo en cuenta lo discutida³ que ha sido siempre esta prohibición, para sorpresa de propios y ajenos el precepto sobrevivió a la reforma, y con leves variaciones en su texto apareció rebautizado como artículo 3 LDC. Por su parte, el Proyecto de Ley de Código Mercantil, remitido por el Gobierno a las Cortes en junio de 2014, lleva a cabo una suerte de “privatización” del Derecho de Defensa de la Competencia, al ubicar sistemáticamente su regulación en el Libro III, “*Del Derecho de la Competencia y la propiedad industrial*”.

Y esto es así porque se incluye, como Título II el “*De la Competencia Desleal*”, y como Título III el “*De la Defensa de la Competencia*”, reuniéndose en un único Título, el IV, “*De las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la*

¹El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

²Permitase la referencia a DÍEZ ESTELLA, F.: “¿Réquiem por el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *Diario La Ley*, año XXVI, núm. 6373 lunes, 5 de diciembre de 2005, pp. 1 y ss.

³*Vid.*, por todos, MONTAÑA MORA, M.: *La modernización del Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005, pp. 285 y ss.

competencia”, lo que a todas luces indica una voluntad inequívoca de nuestro legislador de categorizar la normativa antitrust como una subespecie de la normativa que regula la actividad concurrencial en el mercado, y deja de ser por tanto una norma de carácter administrativo para convertirse en Derecho privado.

La regulación del actual art. 3 LDC se contenía en el texto que la Comisión de Codificación presentó al Ministerio de Justicia en 2013, en el Título IV, Capítulo II, bajo la alambicada rúbrica de “*De la represión administrativa de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia*”, que comprendía los arts. 342-1 (*Infracciones en materia de consumo*) y 342-2 (*Infracción en materia de defensa de la competencia*).

Es en el párrafo 2.º de este artículo donde se encontraba la futura regulación de la figura, con la siguiente redacción:

Igualmente tendrán la consideración de infracción en materia de defensa de la competencia los actos de competencia desleal que tenga por efecto un falseamiento de la competencia relevante desde el punto de vista del interés público en el mantenimiento de la estructura competitiva de mercado.

Sin embargo, en el texto que el Gobierno finalmente remitió al Congreso, en junio de 2014, se esfumó sin explicación alguna el art. 342-2, lo que llevará, en caso de aprobarse definitivamente tal como está ahora redactado el Anteproyecto de Código Mercantil, a la total desaparición de nuestro ordenamiento de esta singular prohibición antitrust.

Esta cuestión, junto con la poca acertada regulación del resto de normativa de Defensa de la Competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil, así como la incompleta regulación de la normativa sobre Competencia Desleal, no pasó inadvertida a la doctrina más atenta: “esta singular forma de codificar la regulación de la defensa de la competencia motiva que el Anteproyecto no incorpore el *ilícito* antitrust del art. 3 de la LDC”⁴.

Con independencia de este debate, sobre la existencia –y el futuro– de esta prohibición, del que daremos cuenta en el apartado siguiente, lo cierto es que es norma vigente, y con mayor o menor éxito, aplicada por las autoridades de competencia en nuestro país, tanto a nivel del Estado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) como de las autoridades autonómicas. Precisamente en estas vamos a centrar este comentario, en concreto la Comisión Galega Da Competencia (en adelante, la CGC), que en su Resolución de 8 de julio de 2020 (Expediente 3/2020 – *ARRIVA NOROESTE S.L.*) sancionó con una multa de 192.030 euros a dicha empresa por una conducta de falseamiento de la competencia por actos desleales, contraria al art. 3 LDC.

El interés de esta Resolución, además de toda la argumentación y construcción del ilícito que lleva a cabo la CGC, es que ha sido recientemente confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia núm. 0430/2021, de 5 de noviembre de 2021 (Magistrado ponente: D. Luis Villares Naveira), lo que permite llevar a cabo algunas consideraciones sobre esta peculiar prohibición de nuestro ordenamiento antitrust. Este pronunciamiento judicial se dictó además la misma semana en que la CGC impuso otra sanción por art. 3 LDC, en su Resolución de 11 de noviembre de 2021 (Expediente 3/2021 – *Licitación Universidad de Vigo*), de 175.413 euros, por una conducta prácticamente idéntica a la anterior: vulneración de las reglas que rigen la contratación pública, conforme a las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

⁴ COSTAS COMESAÑA, J.: *La especialidad del Derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil: Estudios sobre el futuro Código Mercantil, libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 1058.

Precisamente, y al hilo de algunas de las resoluciones que también vamos a analizar aquí, estos “puentes” o “pasarelas” entre el derecho de la competencia y la contratación pública han sido analizados muy recientemente⁵ por autorizada doctrina, y desde la perspectiva de la autoridad de competencia.

Así pues, ¿supone esta deslealtad concurrencial en el ámbito de la contratación pública una conducta con afectación del interés público merecedora del reproche antitrust? ¿Es este un nuevo horizonte para el art. 3 LDC? De ello trataremos de dar cuenta en estas páginas.

2. La contribución de la CNMCal eterno debate sobre la supresión –o no– del art. 3 LDC

Ya he tenido ocasión en anteriores publicaciones⁶ de dar extensa cuenta de este debate, con una amplia –y creo que exhaustiva– referencia a las razones a favor y en contra de la supresión del precepto, los posicionamientos doctrinales en nuestro país al respecto, y sobre todo la praxis decisoria de los extintos Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y Comisión Nacional de Competencia (CNC). En estas páginas trataremos de actualizar dicho análisis al hilo de la citada Sentencia del TSJ de Galicia, y las –escasas– resoluciones en aplicación del art. 3 LDC que ha dictado en los últimos cinco años la CNMC.

En efecto, la doctrina reconoce esta prohibición como “particular modalidad de conducta prohibida”⁷ dentro de nuestra normativa de competencia. En algunas ocasiones, otros autores han sido bastante críticos con el precepto, calificándolo como un actor dentro del panorama escénico del Derecho de la competencia en nuestro país con un papel “polémico, errático y, acaso, inútil”⁸. El caso es que el precepto ahí sigue⁹, y desde luego que no faltan las voces que no dudan en proclamar su vigencia y actualidad¹⁰. Tampoco el cambio de orientación que nuestra normativa de competencia está experimentando ha pasado desapercibido por la mejor doctrina¹¹. Finalmente, en la aplicación de este precepto se mezclan dos ámbitos (el público, por la infracción antitrust, y el privado, por la deslealtad concurrencial), lo que aumenta la complejidad de integrar intereses jurídicos tutelados distintos¹².

La pregunta que es ineludible hacerse, de cara a evaluar el estado de “salud” del precepto, es ¿cómo de coherente y efectivo es su grado de aplicabilidad en la práctica?

⁵ RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A.: “Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia”, *Revista Galega de Administración Pública*, EGAP, Núm. 62 (julio-diciembre 2021), pp. 256 a 296.

⁶ DÍEZ ESTELLA, F.: Capítulo 12. El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales, en BENEYTO, J.M. y MAÍLLO, J. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, Ed. Bosch, ISBN: 978-84-9090-226-4, pp. 505 a 554, Madrid 2017.

⁷ MASSAGUER FUENTES, J., “Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Civitas (6.ª Ed.), Madrid 2020, p. 218.

⁸ MONTAÑA MORA, M., “Artículo 3: Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en *Derecho Español de la Competencia*, Tomo I, Ed. Bosch, Madrid 2008, p.285.

⁹ CABRERA, S. y ESCUDERO, A., “La aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia: ¿la reactivación del ilícito?”, *Anuario de la Competencia 2011-12*, Ed. Marcial Pons - Fundación ICO, Madrid, 2012, pp. 226 y ss.

¹⁰ *Vid.*, con argumentos muy sólidos, a la luz de la praxis decisoria de la extinta CNC, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., “Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público”, *Anuario de la Competencia 2014*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pp. 201 a 220.

¹¹ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal (examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)*, La Ley, Madrid 2001, p. 321.

¹² *Vid.*, a este respecto, el acertado análisis, en términos más amplios de la problemática, de SOLDEVILA FRAGOSO, S.: “Las multas de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia frente a cuatro jurisdicciones” en J. GUILLÉN CARAMÉS y M. CUERDO MIR (Dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra 2015, pp. 487 a 503.

Si analizamos la praxis decisoria de nuestra autoridad nacional, la CNMC, la respuesta desde luego no es muy alentadora. La “herencia” que había recibido de su inmediata predecesora fue una aplicación más que enérgica, podemos decir que “energética”, imponiendo en su último año de existencia cuantiosas sanciones a las compañías *Gas Natural*¹³, *Endesa*¹⁴, e *Iberdrola Sur*¹⁵, por infracción del art. 3 LDC. La actuación de la CNC incluso aguantó bien el primer estadio del proceso de revisión judicial, ya que las tres Resoluciones fueron confirmadas en prácticamente todos sus términos por la Audiencia Nacional, en sus pronunciamientos recaídos en los asuntos *Gas Natural*¹⁶, *Iberdrola Sur*¹⁷ y *Endesa*¹⁸. Sin embargo, el resultado de la casación ha sido bastante “dispar”, por emplear un calificativo benévolo. El Tribunal Supremo confirmó la primera de estas Resoluciones, sobre la que ha conocido recurso de casación, en el Expediente *Gas Natural*, y en Sentencia¹⁹ desestimatoria de 15 de marzo de 2016 concedió plena validez a los razonamientos de la CNC, y la posterior revisión judicial de la Audiencia Nacional.

Como ya se ha ocupado de señalar la doctrina más atenta, que ha comentado²⁰ este pronunciamiento, nuestro Alto Tribunal no ofrece más criterios interpretativos sobre el alcance del artículo 3 LDC, y en particular el requisito de la “afectación al interés público”, que los que ya teníamos, con lo que en ese sentido poco se puede añadir.

A los pocos meses, en Sentencia²¹ de 25 de octubre de 2016, resolviendo el recurso de casación contra el pronunciamiento de la AN en el asunto *Endesa*, el Tribunal Supremo ha hecho todo lo contrario: declarar la nulidad de la sanción impuesta por la CNC. En relación con la supuesta infracción por parte de la compañía de la normativa sectorial, base de la ulterior deslealtad, considera nuestro alto tribunal que la aplicación de la prohibición parte de una interpretación amplia, no admisible en el ámbito sancionador, en el que rigen los principios de seguridad jurídica y certeza en la configuración de los tipos infractores.

Respecto a la tercera de las sanciones, la recaída en el asunto *Iberdrola Sur*, en Sentencia²² de 3 de febrero de 2017, el Tribunal Supremo confirma en prácticamente todos sus términos la argumentación de la CNC, validada por la AN, pero reduce la multa en un 50%, al entender que no se habían aplicado correctamente los criterios de cuantificación, que como es bien sabido, y tras la Sentencia²³ del TS de 29 de enero de 2015 interpreta el límite del art. 63 LDC no como un “umbral de nivelación” sino como una “escala sancionatoria”.

¹³ RCNC de 29 de julio de 2011, Exp. S/0148/09, *Gas Natural*.

¹⁴ RCNC de 11 de junio de 2012, Exp. S/0304/10, *Endesa*.

¹⁵ RCNC de 24 de febrero de 2012, Exp. S/0213/10, *Iberdrola Sur*.

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 29 de abril de 2013, rec. núm. 476/2011.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 21 de noviembre de 2013, rec. núm. 197/2012.

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 31 de octubre de 2013, rec. núm. 340/2012.

¹⁹ Sentencia núm. 603/2016, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 15 de marzo de 2016 (RJ2016, 61417).

²⁰ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El falseamiento de la libre competencia por actos desleales: el caso Gas Natural”, en el blog *Derecho y Competencia*, 17 de abril de 2016, disponible en: <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/04/el-falseamiento-de-la-libre-competencia.html> (última consulta el 14 de marzo de 2022).

²¹ Sentencia núm. 2301/2016, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 25 de marzo de 2016 (RJ2016, 4681).

²² Sentencia núm. 349/2017, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 3 de febrero de 2017 (RJ2017, 162).

²³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), Rec. núm. 2872/2013, de 29 de enero de 2015 (RJ2015, 112).

Finalmente, y dictada a pocos días de ser efectiva la extinción de la CNC, se dicta la Resolución de 17 de septiembre de 2013 (Exp. S/410/12, *Ascensores 2*), que constituye, a día de hoy, ni más ni menos que... ¡la última sanción firme²⁴ en aplicación del art. 3 LDC!

En efecto, es muy elocuente el hecho de que, en los primeros cinco años de existencia de la CNMC, las únicas Resoluciones que se dictaron en “(in)aplicación” del art. 3 LDC fueran de archivo de las actuaciones:

- Resolución de 13 de febrero de 2014, Exp. S/0456/13, *Carrefour*;
- Resolución de 10 de abril de 2014, Exp. S/DC/0508/14, *Día, S.A.*;
- Resolución de 29 de septiembre de 2015, Exp. S/DC/0536/14, *Caixabank*;
- Resolución de 30 de julio de 2015, Exp. S/DC/0524/15, *LIDL*;
- Resolución de 23 de abril de 2015, Exp. S/0483/13, *TIB Chemicals, AG*;
- Resolución de 16 de abril de 2015, Exp. S/0475/13, *Comercializadores de Gas y Electricidad*.
- Resolución de 18 de febrero de 2016, Expte. S/DC/0515/14, *COMERCIALIZADORAS ELECTRICIDAD*.

A idéntico resultado llega la Sala de Competencia, esta vez una vez hecho un análisis completo, de no considerar acreditada la infracción de art. 3 LDC en los expedientes:

- Resolución de 19 de noviembre de 2013, Expte. S/0398/12, *LOOMIS PROSEGUR*;
- Resolución de 4 de febrero de 2016, Expte. S/DC/0509/14, *Industex*.

En cuanto a los expedientes instruidos por el SAMAD²⁵, que han finalizado igualmente en archivo de las actuaciones, encontramos:

- Resolución de 2 de octubre de 2014, Exp. SAMAD/07/14, *Compro Oro y Plata*;
- Resolución de 13 de febrero de 2014, Expte. SAMAD/14/11, *CLUBES DEPORTIVOS VALDEMORO Y CANTOBLANCO*;
- Resolución de 2 de octubre de 2014, Expte. SAMAD/07/2014, *COMPRO ORO Y PLATA II*;
- Resolución de 26 de febrero de 2015, Expte. SAMAD/02/2015, *Ciclos Formativos II*;
- Resolución de 26 de febrero de 2015, Expte. SAMAD/01/2015, *Ciclos Formativos I*;
- Resolución de 29 de abril de 2015, Expte. SAMAD/03/14, *ASOCIACIÓN CLUBES DE FUMADORES*;
- Resolución de 30 de julio de 2019, Expte. SAMAD/09/18, *Ciclos Formativos III*;
- Resolución de 28 de enero de 2016, Expte. SAMAD/05/2014, *GANADERÍAS DE LIDIA*;
- Resolución de 21 de noviembre de 2019, SAMAD/05/19, *TELECOMUNICACIONES*;
- Resolución de 10 de septiembre de 2019, SAMAD/05/18, *COOPERATIVA DE AUTOTAXIS DE MADRID*;
- Resolución de 28 de julio de 2016, Expte. SAMAD/04/2014, *MADRID CITY-TOUR*;
- Resolución de 15 de junio de 2017, Expte. SAMAD/06/2016, *ARZOBISPADO DE MADRID-JUSTICIA GRATUITA*;

²⁴ Ya que ha sido confirmada por SAN de 14 de julio de 2016, y SSTS núm. 603/2016, de 15 de marzo de 2016, y núm. 2924/2016, de 11 de octubre de 2018.

²⁵ Servicio de Defensa de la Competencia de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid.

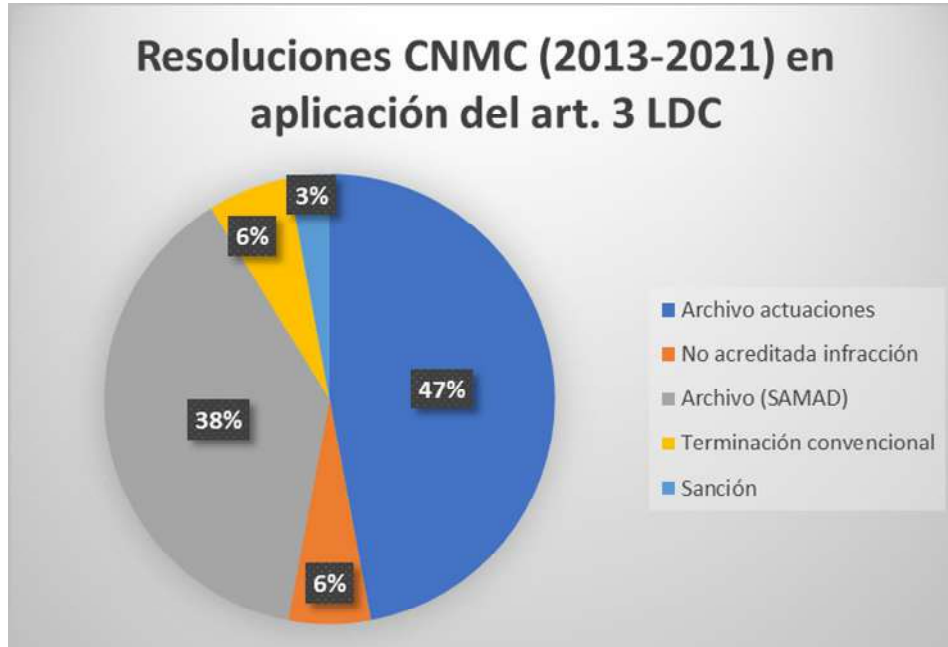
- Resolución de la CNMC de 10 de mayo de 2018, Expte. SAMAD/04/2017, *COLEGIO DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS DE MADRID*.

En esos primeros compases de su existencia, a lo más que llegó la CNMC fue a resolver un expediente de aplicación del art. 3 LDC por terminación convencional, en su Resolución de 12 de enero de 2016, Exp. S/DC/0522/14, *THYSSENKRUPP*.

¿Y en este segundo lustro de vida de nuestra autoridad de competencia ante el art. 3 LDC? Pues no parece haber cambiado mucho de tercio, y su actividad sigue siendo, además de una terminación convencional²⁶ la de archivo de actuaciones:

- Resolución de 4 de octubre de 2018, Expte. S/DC/0616/17, *UBER*;
- Resolución de 7 de febrero de 2019, Expte. S/DC/0577/16, *VOLKSWAGEN*;
- Resolución de la CNMC de 11 de julio de 2019, Expte. S/0635/18, *KAIKU*;
- Resolución de 24 de octubre de 2019, Expte. S/0651/18, *EQUIPAJE DE MANO*;
- Resolución de 30 de enero de 2020, Expte. S/DC/0046/19, *FACUA-BIMBO*;
- Resolución de 21 de abril de 2020, Expte. S/0029/19 *CLIDOM ENERGY*;
- Resolución de 9 de enero de 2020, Expte. S/0015/19, *BONO SOCIAL*;
- Resolución de 21 de septiembre de 2021, Expte. S/0047/19 *CARREFOUR LIBROS DE TEXTO*.

Este desastroso balance de (in)aplicación del art. 3 LDC queda así gráficamente representado:



Fuente: elaboración propia, a partir de la web de la CNMC y la base de datos Aranzadi

Hubo que esperar al 20 de junio de 2019, con la Resolución *AGIC* (Expte. S/DC/0552/15), para contemplar la primera sanción impuesta por la CNMC en aplicación del art. 3 LDC, de

²⁶Resolución de 11 de octubre de 2018, Expte. S/DC/0630/18, *AGIC GNSUR*.

cuantía 5.500.000 euros, a la compañía *Endesa*. Primera ... ¡y única!, ya que en fechas muy recientes ha tenido lugar el último pronunciamiento de la CNMC en un expediente de infracción por falseamiento de la competencia por actos desleales, la Resolución *Medios Propios* (Expte. S/0007/19), de 26 de octubre de 2021, que –una vez más– no considera acreditada la infracción, y procede al archivo de las actuaciones²⁷.

En la actualidad, y que tengamos noticia, hay incoados dos expedientes sancionadores por art. 3 LDC contra *Audax Renovables S.A.*²⁸ y con relación a las *líneas de financiación ICO*²⁹ que se ofrecieron durante la pandemia de la Covid19, que veremos en qué acaban.

Para concluir este apartado, volver a destacar los dos datos que ya se han reseñado: primero, que la última Resolución firme en aplicación del art. 3 LDC data del año 2013, y fue dictada por la extinta CNC; segundo, que, en sus casi diez años de existencia, la actual CNMC ha dictado multitud de resoluciones de archivo de expedientes de aplicación del art. 3 LDC, y únicamente ha impuesto una (¡¡¡una sola!!!) sanción por infracción del precepto, la del Expediente *AGIC*, de 2019. Está claro que, de partida, un archivo no significa un (in)ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la administración, en el sentido de que la doctrina administrativista ha estudiado la responsabilidad por inacción³⁰ en sus funciones, pues precisamente el archivo persigue asegurar una resolución sancionadora viable en último término. Pero el hecho es que si el precepto no se aplica, ¿cumple su función?

¿Qué añade, por tanto, al debate sobre la pervivencia del art. 3 LDC la praxis decisoria de la CNMC? No podemos decir que la práctica ausencia de resoluciones sancionadoras signifique que no aporta nada al debate, está sencillamente diciendo –vamos a hacer aquí una aplicación extensiva y libre de la doctrina jurídica de los actos propios– que el precepto es inoperante en el conjunto de la normativa antitrust española, su inaplicabilidad clamorosa³¹, y por tanto urge un replanteamiento global de esta singular prohibición antitrust.

3. ¿Un nuevo horizonte para el falseamiento de la competencia por actos desleales?

La labor de clarificación de esta prohibición, y delimitación “jurisprudencial” de su alcance y aplicabilidad, que no ha conseguido la CNMC, puede decirse con toda rotundidad que sí la han llevado a cabo los organismos autonómicos de defensa de la competencia, en aplicación del art. 3 LDC (recordemos, es el único precepto de toda la Ley 15/2007 que expresamente les

²⁷ Volveremos sobre esta Resolución en el apartado siguiente, por dos razones: la primera, el “jugoso” voto particular que formulan los Consejeros D.ª María Pilar Canedo y D. Josep María Salas, y que –en nuestra opinión– está mucho mejor fundado que la opinión de la mayoría. La segunda, porque la conducta desleal que dio origen al expediente fue exactamente la misma que en la Sentencia que vamos a comentar del TSJ de Galicia: infracción de la LCSP.

²⁸ Nota de prensa de la CNMC: <https://www.cnmc.es/prensa/incoacion-audax-renovables-practicas-prohibidas-cnmc-20210421>.

²⁹ Nota de prensa de la CNMC: <https://www.cnmc.es/prensa/investigacion-creditos-ICO-20201223>.

³⁰ REBOLLO PUIG, M.: “Control Judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”, en J. GUILLÉN CARAMÉS y M. CUERDO MIR, *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra 2015, pp. 407 a 459.

³¹ Así es reconocido por un estudio reciente de la actividad sancionadora de la CNMC en aplicación del art. 3 LDC en relación también con la actividad de los organismos autonómicos: “quedando constancia de la amplia diferencia existente entre los apenas inexistentes procesos que acaban en sanción y los que terminan archivándose. En cualquier caso, cabe matizar que el nivel de expedientes incoados es muy superior a nivel autonómico que a nivel de CNMC”, SAN MARTÍN CALVO, M. y RICO GONZÁLEZ, J.C.: “Las sanciones administrativas en relación con las prácticas de competencia desleal”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 5/202, parte Doctrina, 2021.

atribuye facultades de aplicación de la LDC, algo que está contemplado por la Ley 1/2002, de 21 de febrero³², de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia).

Es cierto que en el plano de la actividad de las autoridades autonómicas de competencia en esta materia hay también muchas decisiones de archivo, muchas más desde luego que expedientes sancionadores que terminan con una multa por infracción del art. 3 LDC. De hecho, según un reciente –y exhaustivo– estudio³³ de estas resoluciones, de los 62 expedientes analizados, sólo 4 terminan en sanción; 5 convencionalmente y 53 resultan archivados. Pese a que este balance es ciertamente algo sobrecogedor, lo cierto que están haciendo una acertada labor de delimitación del alcance y perfiles del precepto.

Así, por ejemplo, respecto al debate doctrinal sobre la autonomía sustantiva del ilícito contemplado en el art. 3 LDC, sobre el que no existe consenso, ya he mantenido en otras ocasiones, siguiendo las opiniones que más autoridad me merecen, que “el art. 3 LDC construye un ilícito antitrust autónomo”³⁴. Como ha señalado igualmente el Prof. MASSAGUER, el falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal es una práctica dotada de “autonomía sustantiva respecto de las otras prácticas restrictivas prohibidas”³⁵.

Pero es que así también lo han entendido sin ninguna vacilación las autoridades autonómicas de la competencia, como el Consello Galego da Competencia o la Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana, que en sus resoluciones hablan sin ambages de un “*ilícito antitrust*”³⁶ y “*plena autonomía sustantiva*”³⁷, respectivamente, para referirse a este precepto.

Y, respecto a si la afectación de la libre competencia –segundo elemento integrante del ilícito, junto con la existencia de actos desleales y la afectación del interés público– debía ser o no “cualificada”, en la Resolución *Clínica Dental Vigo*³⁸, el Consello Galego de la Competencia entendió que una campaña de publicidad desleal, realizada con “escasez de medios” (se trataba de un mero buzoneo en un área local) no tenía capacidad de alterar significativamente la competencia, por lo que no concurría este requisito del art. 3 LDC. Por su parte la Resolución *Gas envasado de Pontevedra* habla sin dudar de deslealtad “cualificada”³⁹ como elemento integrante del tipo.

Pues es precisamente el CGC el que ha ido consolidando una doctrina sobre la deslealtad concurrencial en la contratación pública, con relevancia antitrust, que ha motivado la Sentencia del TSJ de Galicia objeto de comentario en estas páginas.

³² BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002, pp. 7148 a 7153.

³³ SAN MARTÍN CALVO. M. y RICO GONZÁLEZ, J.C., *op.cit.*

³⁴ COSTAS COMESAÑA, J., Capítulo V. Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal, en *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Ed. Thomson Aranzadi, Madrid 2009, p. 215.

³⁵ MASSAGUER, J., *op.cit.*, p. 224.

³⁶ Resolución del Consello Galego da Competencia, de 18 de diciembre de 2012, Exp. R 6/2012, *Gas envasado de Pontevedra*, FD 5.º

³⁷ Resolución de la Comisión de Defensa de la Competencia de Valencia, de 30 de abril de 2013, Exp. SAN 12/2012, *DENITEL*, FD 4.º Más adelante (FD 4.º, párrafo 3), en esta misma resolución, habla de “los tres artículos que determinan las conductas prohibidas por la LDC”.

³⁸ Resolución del Consello Galego da Competencia de 27 de septiembre de 2011, Exp. S 1/2011, *Clínica Dental Vigo*, FD n.º 14.

³⁹ Resolución del Consello Galego da Competencia, de 18 de diciembre de 2012, Exp. R 6/2012, *Gas envasado de Pontevedra*, FD 6.º

3.1. Deslealtad concurrencial en la contratación pública

Decimos que ha consolidado una doctrina, porque ya hace años, en la Resolución⁴⁰ *Licitación pública seguridad Concello de Lugo*, el entonces Consello Galego Da Competencia declaró acreditada la existencia de una infracción del art. 3 LDC consistente en facilitar al órgano de contratación información falsa sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores sometidos a subrogación.

Precisamente esta práctica es la que es objeto de sanción por parte de la actual Comisión Galega Da Competencia en su Resolución⁴¹ de 8 de julio de 2020, Expediente 3/2020 – *ARRIVA NOROESTE S.L., (EN LA ACTUALIDAD, ARRIVAGALICIA, SL)*. Y aunque no sea siempre en aplicación del art. 3 LDC, también se declaran acreditadas infracciones del art. 1 LDC, por acuerdos colusorios en las licitaciones, desde luego que la CGC ha encontrado en este ámbito de la contratación pública un terreno pródigo en prácticas anticompetitivas, como lo demuestra los abundantes expedientes sancionadores en esta materia: *Licitación Transporte Escolar*⁴², *Licitación rehabilitación oficina central de empleo de Lugo*⁴³, y *Licitación Universidad de Vigo*⁴⁴.

Por último, dictada el 30 de diciembre de 2021 y publicada en las fechas en que se escriben estas páginas, en la Resolución *Licitación Suministro USC*⁴⁵ se imponen sanciones a dos empresas por un importe acumulado de 87.238€ sanciones personales a dos directivos por un importe acumulado de 24.000€ y, conforme al art. 72.2 de la LCSP y el art. 53.2.b) de la LDC, el establecimiento de la prohibición de contratar a las empresas infractoras en lo que respecta a cualquier contrato de suministro convocado por la cualquier Administración Pública de Galicia durante un año a contar desde que la Resolución se haga firme.

Como puede verse, y se ha destacado⁴⁶ por la doctrina más autorizada, ambas normativas, y la de competencia y la de contratación pública, teniendo cada una de ellas su propia entidad, están estrechamente relacionadas; en palabras del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (TCDC), en su Resolución *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña*⁴⁷, garantizar la concurrencia y la competencia en los procesos de compra pública, y en general en las licitaciones públicas, constituye una de las principales preocupaciones de toda autoridad de competencia.

En la Resolución que nos ocupa, de la Comisión Gallega de la Competencia, los hechos determinantes del expediente fueron la falta de transmisión de información precisa atribuida a la empresa Arriva sobre el personal asignado a la Concesión V-7069, derivada de la Concesión XG-533, y más concretamente con respecto a los que debían subrogarse en las nuevas limitaciones derivadas de una modificación de la situación original, y que se verificó con ocasión de un requerimiento formulado en fecha 6/3/2017 y que obtuvo respuesta el

⁴⁰ Resolución R 1/2016, de 6 de junio de 2016.

⁴¹ Disponible en la web de la CGC:

https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf.

⁴² Resolución 4/2020, de 15 de diciembre de 2020, disponible en:

<https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/11/RESOLUCION2042020LICITACIONTRANSPORTEESCOLAR.pdf>.

⁴³ Resolución 5/2020, de 15 de diciembre de 2020, disponible en:

<https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/03/res52020RehabilitaciondifempregoLugo.es.pdf>.

⁴⁴ Resolución 3/2020, de 11 de noviembre de 2021, disponible en:

https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/12/res32021LicitacionuniversidaddeVigo_es.pdf.

⁴⁵ Resolución 5/2021, de 30 de diciembre de 2021, disponible en:

<https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2022/03/res52021LicitacionUSC.pdf>.

⁴⁶ RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A., *op.cit.* (2021).

⁴⁷ Resolución de 23 de diciembre de 2019, Expediente 94/2018, Fto. Jco. 3.º

1/8/2017, relativa el número de trabajadores a subrogar como consecuencia del resultado del contrato público adjudicado la UTE de la que formaba parte una de las empresas sancionadas, Autos Morán.

Naturalmente, no vamos a entrar a analizar aquí los detalles de la conducta de la empresa; nos bastan los argumentos aducidos por la CGC, que el TSJ de Galicia confirma, en relación con las exigencias derivadas del RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Sí parece oportuno señalar que el Derecho de Defensa de la Competencia, cuyo encaje sistemático entre las disciplinas jurídicas no es pacífico, se encuentra muy “cómodo” en el ámbito del Derecho Administrativo⁴⁸.

Señala en su Resolución la CGC que:

“cabe afirmar que el cumplimiento de la obligación de informar sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, que el artículo 120 TRLCSP impone al actual titular del servicio, es un factor esencial que permite el correcto funcionamiento del concurso público” (pág. 49).

Una vez aceptada esta premisa, resulta lógica la conclusión de que existe una conducta desleal, por infracción del art. 15 LCD, en su doble vertiente: prevalerse de una ventaja competitiva en el mercado obtenida mediante infracción de leyes (párrafo 1º); la mera infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial (párrafo 2º).

Con carácter subsidiario, argumenta la Resolución del CGC, que en la actuación de la empresa Arriva Galicia hubo, cuando menos, mala fe, constitutiva de una infracción de la cláusula general, el art. 4 LCD. Así, señala (págs. 52 y 53) que:

“este Pleno considera que existen elementos en la actuación de empresa denunciada Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad ARRIVA GALICIA SL) que acreditan que actuó contra las mínimas exigencias de la “buena fe”. Tanto en el momento de preparación del expediente de contratación, como nos momentos posteriores donde presenta una certificación en la que aparece, como afirma la reiterada sentencia del TSXG de 14 de febrero de 2019, un número mayor de trabajadores adscritos a la concesión de los que en realidad se declaró probado que estaban realmente adscritos la licitación (...).

No es actuar de buena fe tratar de engañar al órgano de contratación sobre el número de trabajadores subrogables, con el objetivo de obtener una ventaja que pueda desanimar a concurrir en la licitación a otras empresas y, sino las desanima, desplazar después de perder el contrato a quién, en esa licitación, había obtenido legítimamente la adjudicación. Al ser dicho comportamiento contrario la buena fe se reputa desleal”.

En primer lugar, respecto al art. 15.2 LCD, alega la empresa sancionada que no hubo incumplimiento del art. 120 LCSP porque sí entregó toda la información requerida, justificando las divergencias sobre el número de trabajadores que se iban a subrogar en la

⁴⁸*Vid.*, a este respecto, precisamente al hilo de uno de los grandes asuntos de aplicación del entonces artículo 7 LDC 1989, el acertado análisis de GARCÍA VILLARRUBIA, M. y MAGIDE, M.: “El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo; la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (asunto Planes Claros)”, *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 1087 ss.

literalidad del requerimiento de que fue objeto el 6 de marzo de 2017. El TSJ de Galicia no acoge este argumento, y señala (Fto. Jco. 2º, Apdo. A) que *“la recurrente pretende otorgar más valor a la literalidad del contenido de unos párrafos concretos de un oficio administrativo que a la propia ley, cuando en realidad el oficio es puramente instrumental para el cumplimiento de las obligaciones señaladas por el art. 120 LCSP”*.

En segundo lugar, respecto al art. 15.1 LCD, la empresa había alegado en su recurso que no podía haber obtenido ninguna ventaja competitiva en la infracción de la LCSP, toda vez que no fue finalmente adjudicataria del contrato, y que la información que obtuvo durante la licitación no era nada que no conociera antes de presentarse al concurso. El TSJ también rechaza este argumento, y señala (Fto. Jco. 2º, Apdo. B) que la información que obtuvo sobre las condiciones económicas del contrato sí fue relevante, y el hecho de no ser finalmente adjudicataria del contrato no desvirtúa que obtuviera una ventaja competitiva gracias a la infracción del art. 120 LCSP.

Finalmente, respecto la infracción del art. 4 LCD, alega la empresa recurrente que no hubo mala fe, ya que la información que fue requerida a facilitar era muy compleja, y no estaba habituada a este tipo de operaciones, y que lo único que hizo fue equivocarse en los datos. El TSJ tampoco acoge este argumento, señalando (Fto. Jco. 2º, Apdo. C) que de los hechos probados *“se puede deducir que la actividad que llevó a cabo de facilitar una información que ocultaba unos datos relevantes es incurrir en una conducta que excede la simple equivocación y que implica falta de buena fe”*.

3.2. La siempre procelosa “afectación del interés público” del art. 3 LDC

Como es sabido, y sobre esto han corrido ríos de tinta en la doctrina y la praxis decisoria de las autoridades de competencia en nuestro país, tanto la CNMC –y sobre todo sus predecesoras, el TDC y la CNC–, lo complicado de la aplicación del art. 3 LDC no es tanto apreciar la existencia de conductas deseables que falseen la libre competencia, como la concurrencia del tercer requisito integrante del ilícito: la afectación del interés público.

En efecto, se ha señalado⁴⁹ que no ha sido fácil para la doctrina “digerir” la distinción entre interés general e interés privado en la conformación del Derecho general de la competencia español. A este respecto cabe apreciar en la praxis decisoria de nuestra autoridad antitrust una doble vertiente de la afectación del interés público: por un lado, su dimensión “cuantitativa”⁵⁰, y por otro la dimensión “cualitativa”⁵¹. A veces se aprecia una, en ocasiones la otra, y encontramos igualmente resoluciones en las que se considera que *“el acto de competencia desleal afecta al interés público por su relevancia cuantitativa y cualitativa”*⁵².

En las primeras resoluciones de la CNC dictadas en aplicación del artículo 3 LDC la afectación del interés público se contempla sin lugar a duda como un elemento de la estructura del ilícito, y se caracteriza precisamente por ser el resultado del falseamiento de la libre competencia, que trae causa a su vez del acto de competencia desleal⁵³. Conforme a esta

⁴⁹BERENGUER FUSTER, L. y GINER PARREÑO, C., “Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Derecho de los Negocios*, Año XI, núm. 114, Marzo 2000.

⁵⁰ Resolución *Eurohogar Sarmiento*, de 4 de julio de 2003, Exp. 548/02, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de mayo de 2005.

⁵¹ Resolución *Aceites*, de 8 de julio de 1992, Exp. 294/91, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de marzo de 1997.

⁵² RCNC de 11 de junio de 2012, Exp. S/0304/10, *ENDESA*, FD 1.º

⁵³*Vid.*, entre otras, RCNC *LIDL Supermercados*, de 3 de marzo de 2008, Exp. S/0049/08; RCNC *World Premium Rates – Opera*, de 9 de febrero de 2009, Exp. S/101/08; RCNC *TuBillete*, de 11 de marzo de 2008, Exp. S/0041/08; RCNC *Direct Recursos*, de 16 de abril de 2009, Exp.S/0123/08.

doctrina, ya consolidada en la praxis decisoria de nuestra autoridad antitrust, sólo el falseamiento de la competencia que pueda afectar a los presupuestos del libre mercado que son la garantía de un proceso competitivo, y por tanto una cuestión de orden público, será relevante a los efectos de considerar la aplicación del precepto⁵⁴.

Puede fácilmente deducirse de esta jurisprudencia, y las valoraciones que hemos realizado a lo largo de este epígrafe, que el operador jurídico difícilmente va a saber cuándo está afectado el interés público⁵⁵, y por tanto la posible tipicidad de la conducta, lo que tiene como único resultado una inseguridad jurídica que el ordenamiento no puede amparar.

En este mismo sentido la CGC en su Resolución⁵⁶ *Venta de prensa y revistas al margen del distribuidor exclusivo*, establece con claridad que debe diferenciarse entre las conductas que afecten a los intereses privados y las que afectan al interés público:

“De cualquier manera, lo que parece evidente es que nos encontramos, aunque presuntamente, en una conducta potencialmente lesiva para los intereses privados de operadores económicos que traerían causa en un ilícito desleal, pero difícilmente reconducible a la exigencia de afectación del interés público que es el requisito sine qua non de la intervención de las Autoridades de competencia respecto de estas prácticas privadas, cuya ilicitud debería acreditarse adecuadamente. El interés público, determinante de la intervención en esas prácticas del CGC, no puede apreciarse cuando so concurre, como en este supuesto, los intereses privados de los operadores y no existe ningún servicio público afectado ni tampoco concesiones administrativas que otorguen derechos exclusivos a los titulares, ni elementos de contratación pública, ni un mercado que se encuentra en un momento de liberalización, ni afecta a los intereses generales de orden económico, ni, en definitiva, actuación alguna que afecte la institución de la libre competencia”.

En el caso que nos ocupa, la Resolución *Arriva Galicia* y su posterior confirmación por el TSJ de Galicia, la revisión judicial de este requisito de afectación del interés público se lleva a cabo de forma conjunta con la exigencia del art. 3 LDC que el acto desleal falsee la libre competencia. Y, contra la alegación de la recurrente de que un contrato que afecta sólo a 12 municipios del norte de la provincia de Lugo no tenía capacidad de falsear la libre competencia, señala la Sentencia del pasado 5 de noviembre de 2021:

“Para que el funcionamiento del libre mercado en cualquier sector no se vea comprometido, basta que las prácticas de competencia desleal no sean idóneas, o carentes de relevancia para falsear la competencia, bien por su baja intensidad o bien por su ineficacia, juicios que deben hacerse una vez centrado el ámbito sobre el que se proyecta la libre competencia como presupuesto del funcionamiento de un mercado dado” (Fto. Jco. 3º).

El análisis que se hace del requisito de la afectación del interés público es mucho más detallado, y lo estructura el TSJ de Galicia en cuatro puntos:

⁵⁴*Vid.*, por todas, RCNC de 30 de junio de 2010, *TELEFÓNICA*, Exp. S/0137/09.

⁵⁵*Vid.*, al hilo de la Resolución *Iberdrola*, y con amplias referencias al debate en Alemania sobre qué ha de entenderse protegido por el Derecho de la Competencia, GARCÍA PÉREZ, R.: "Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (a propósito de la Resolución de la CNC, de 24 de febrero de 2012, *Iberdrola Sur*)", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 11, Año 2012, pp. 229 y ss.

⁵⁶ Resolución de 26 de diciembre de 2019 (Expediente R 10/2019).

En primer lugar, el tribunal no acepta el *menosprecio dialéctico* que por el hecho de que se trate “sólo” de la conexión entre 12 municipios de Marina de Lugo se niegue la existencia de un interés público y un compromiso de las administraciones con una comarca que, en caso de no ser convenientemente atendida, corre el riesgo de quedar despoblada.

En segundo lugar, porque el tipo de transporte al que se refiere el contrato licitado tiene la condición de “servicio de interés general”, bajo el Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, de Servicios Públicos de Transporte de Viajeros por Ferrocarril y Carretera⁵⁷.

En tercer lugar, porque el acto de competencia desleal repercute negativamente (por el mayor coste económico que supondrían las subrogaciones) en el interés directo de la ciudadanía potencialmente usuaria del servicio.

En cuarto y último lugar, porque “*la propia idea de competencia desleal del art. 3 LDC en lo relativo a los conceptos de falseamiento de la competencia y el interés público debe ponerse en relación con los concretos actos de competencia desleal que lleva a cabo la empresa, en este caso encuadrables en los arts. 15.1 y 15.2 LCD*”. Recoge acertadamente en este punto el TSJ de Galicia la doctrina⁵⁸ del TS de que los actos de competencia desleal a que se refiere el art. 3 LDC no tienen una “significación autónoma”, sino que el precepto se remite a las conductas empresariales específicamente catalogadas como desleales por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

4. Votos particulares y otras singularidades del art. 3 LDC

Como parece que va quedando claro al hilo de los asuntos que hemos ido examinando, si hay algo que siempre rodea a la aplicación del art. 3 LDC es la singularidad, y por eso hemos dejado para este último epígrafe algunas cuestiones que caracterizan esta peculiar prohibición de nuestra normativa de competencia.

En **primer lugar**, destaca –en “sintonía” plena con la actividad de la CNMC desde que existe como autoridad de competencia en España, en este último decenio– la no atribución de competencia objetiva sobre este precepto a la jurisdicción mercantil. Como es sabido, la creación de los Juzgados de lo Mercantil, al hilo de la reforma Concursal, que modificó⁵⁹ la Ley Orgánica del Poder Judicial en 2003, les atribuye competencia, *ex art. 86.ter 2 f) “De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado”*. Y antes, en el art. 86.ter 2 a), sobre “*Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal (...)*”.

Tras el momento inicial de desconcierto que la poco afortunada redacción del precepto generó (¿pueden aplicar los –entonces– artículos 81 y 82 TCE y no los equivalentes artículos 1 y 2 LDC?), la vigente Ley 15/2007 despeja todo tipo de dudas en su Disposición Adicional Primera⁶⁰ (*De los Juzgados de lo Mercantil*), actualizando también la mención a los vigentes

⁵⁷DOUE núm. 315, de 3 de diciembre de 2007, páginas 1 a 13.

⁵⁸ Sentencia núm. 162/2017 del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:349).

⁵⁹Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003, páginas 26901 a 26905.

⁶⁰*De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de esta ley y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*

artículos 101 y 102 TFUE. Lo que no explica⁶¹ es la opción legislativa de atribuir competencia sobre la LCD, los artículos 1 y 2 LDC, y no en cambio sobre el art. 3 LDC, que tiene como elemento primigenio integrador del ilícito la infracción de la LCD.

En **segundo lugar**, y en esta misma línea, otro “olvido” reciente de que el art. 3 LDC es también un ilícito antitrust ha provenido de la reciente reforma de la Ley 15/2007 a través del RD Ley 7/2021, de 27 de abril⁶², que transpone a nuestro ordenamiento la conocida Directiva⁶³ ECN+. Pues bien, aprovechando la incorporación de esta norma comunitaria, pero sin venir obligado por ella, el legislador español ha aprovechado la ocasión para realizar una reordenación de la tradicional categorización de las conductas ilícitas en infracciones leves, graves y muy graves.

Esto se lleva a cabo en los diferentes párrafos del art. 62 LDC y, cómo no, el art. 3 LDC ha vuelto a caer en el olvido, y tal y como ha señalado la doctrina más atenta, que ya ha advertido este descuido, “permanece como la única infracción de competencia que no es calificada como muy grave. Entendemos que no existe ninguna razón teórica ni práctica que motive este hecho”⁶⁴. La única explicación posible es, como venimos insistiendo, la no consideración del art. 3 LDC como una infracción antitrust de la misma categoría que las de los arts. 1 y 2 LDC.

En **tercer lugar**, ya hemos señalado en la introducción que la única sanción impuesta por la CNMC en aplicación del art. 3 LDC fue en la Resolución⁶⁵ AGIC, en junio de 2019. Pero su singularidad no radica sólo en ser la única aplicación por la autoridad de competencia actual de la prohibición de falseamiento de la competencia por actos desleales, sino en ser una de las poquísimas en que la deslealtad concurrencial no radica en la comisión de alguna de las prácticas desleales concretas tipificadas en el amplio catálogo de la LCD (arts. 5 a 31), sino en la cláusula general⁶⁶, la de la “buena fe” (art. 4 LCD).

En efecto, el análisis que lleva a cabo la CNMC sobre los dos requisitos –que, por cierto, unifica en uno solo– de falseamiento de la libre competencia y afectación del interés público es bastante “estándar”, y muy parecido al realizado por la extinta CNC en sus resoluciones

⁶¹ Sí que se explica, si se asume el planteamiento de que en esta materia discurren como dos líneas paralelas para su aplicación: una, a nivel ‘micro’ del ciudadano/empresa afectada, y que se sustancia jurisdiccionalmente en el orden civil con las acciones que se contienen en la Ley 3/1991 (LCD); otra, el ámbito ‘macro’ de cuya aplicación se encargan las autoridades nacionales de competencia, porque son una cuestión de interés público, conforme a las previsiones de la Ley 15/2007 (LDC). Pero entonces esto significa que el ilícito del art. 3 LDC no tiene auténtica categoría antitrust, sino que pertenece más al ámbito de la deslealtad concurrencial.

⁶² Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores; *BOE* núm. 101, de 28 de abril de 2021, páginas 49749 a 49924.

⁶³ Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, *DOUE* L 11/3, de 14 de enero de 2019.

⁶⁴ COSTAS COMESAÑA, J.: “La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia”, en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y OLMEDO PERALTA, E. (Dir.), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona) 2022, p.49.

⁶⁵ Resolución de la CNMC, de 20 de junio de 2019, Expte. S/DC/0552/15AGIC.

⁶⁶ *Vid.*, sobre esta cláusula, y su relación sistemática con el resto de los preceptos de la LCD, el excelente análisis de: CARBAJO CASCÓN, F.: “La competencia desleal (I). Cláusula general e ilícitos por competencia desleal. La publicidad comercial desleal”, en *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 341-413.

“energéticas”, que ya hemos comentado. Más interés tiene que apoye la infracción del art. 3 LDC sobre la base de deslealtad concurrencial del art. 4 LCD, del que acertadamente afirma: “*El artículo 4 de la LCD no es un simple principio interpretativo abstracto para el resto de los preceptos que tipifican actos de competencia desleal en la LCD. Por el contrario, se trata de una norma de la que se derivan deberes jurídicos para los operadores*” (Fundamento de Derecho 4º, Apdo. 2.A. párrafo A).

Justifica su conclusión en estos argumentos:

- a) Con el objetivo de captar consumidores para la comercializadora libre del grupo ENDESA, ENDESA XXI utilizó un canal privilegiado y no accesible a otras competidoras contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores.
- b) La publicidad va dirigida a un grupo concreto de consumidores en una particular situación de inferioridad en los mercados de energía.
- c) ENDESA XXI es consciente de la vulnerabilidad de dichos consumidores al llevar a cabo las prácticas denunciadas.

Quizás en la vulneración del art. 4 LCD la CNMC ha encontrado una veta que explotar de cara a la aplicación del art. 3 LDC, porque es exactamente la misma deslealtad concurrencial que se imputa a los Bancos en el expediente abierto –y pendiente de resolución– sobre los créditos ICO⁶⁷. Por otro lado, llama poderosamente la atención que el expediente AGIC contra *Endesa* haya terminado en sanción (más de 5 millones de euros), y en cambio, otro que se desglosó a partir de él, sobre la misma denuncia, y por la misma práctica de publicidad desleal, en este caso contra *Gas Natural*, se resolviera por terminación convencional⁶⁸. Nunca le ha salido tan caro a una empresa su falta de buena fe.

En **cuarto lugar**, otro gran menosprecio y ninguneo del art. 3 LDC ha venido de donde menos se podía esperar: de la aplicación privada del Derecho de la Competencia. En efecto, el Real Decreto-Ley⁶⁹ 9/2017, de 26 de mayo, incorporó a nuestro derecho interno la Directiva⁷⁰ 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, reformando tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil como la propia LDC. El nuevo art. 71 LDC establece, en su párrafo 2. a) que: “*Se considera como infracción del Derecho de la competencia toda infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o de los artículos 1 o 2 de la presente ley*”.

La flagrante omisión del art. 3 LDC en dicha previsión normativa tiene solamente dos explicaciones: una, extremando la interpretación literal, que sencillamente no se considere la conducta del falseamiento de la competencia por actos desleales como un auténtico ilícito antitrust, como “*infracción del Derecho de la competencia*”, no desde luego de la categoría de los acuerdos colusorios o el abuso de posición dominante; otra, más benévola, que se piense que en el fondo esta conducta no es tan grave, no produce un daño que sea indemnizable, o que en todo caso los perjudicados siempre pueden acudir a la acción de resarcimiento patrimonial prevista en el art. 32.5º LCD.

⁶⁷ Nota de prensa de la CNMC: <https://www.cnmc.es/prensa/investigacion-creditos-ICO-20201223>.

⁶⁸ Resolución de 11 de octubre de 2018, Expte. S/DC/0630/18, AGIC GNSUR.

⁶⁹ Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, B.O.E. núm. 126, p. 42820, de 27 de mayo de 2017.

⁷⁰ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, D.O.U.E. L349/1, de 5 de diciembre de 2014.

Ambas explicaciones tienen un resultado igualmente demoledor para mantener la vigencia – tal cual está redactado ahora– del art. 3 LDC dentro del catálogo de ilícitos antitrust de nuestra normativa.

En **quinto lugar**, la Sentencia del TSJ de Galicia que confirma la Resolución Arriva Galicia de la CGC tiene un sustancioso voto particular discrepante, a cargo del magistrado D. Juan Carlos Fernández López, que merece la pena destacar aquí.

Comienza su argumentación “*no sin antes advertir que la tipificación de los comportamientos calificados como infracciones se tiene que aplicar con hondo sentido restrictivo y no de forma extensiva o analógica*” (Párrafo 4º), y naturalmente con esto estamos totalmente de acuerdo, al igual que con su alegato (Párrafo 5º) a favor de la presunción de inocencia de la imputada que consagra el art. 24.2 de la Constitución Española. Sin embargo, no podemos compartir su razonamiento que reconoce (como hace el propio letrado de la empresa) la falsedad de la información facilitada en el proceso de la licitación a la que se presentó, pero “*no por ello hubiera faltado a su deber actuar de buena fe*”. No compartimos tampoco su conclusión (Párrafo 5º, *in fine*) de que el problema no fue de la empresa, sino del requerimiento de una información que le hizo el órgano de contratación, y que “*exigía una compleja y dificultosa intervención posterior*” por parte de dicho órgano para cumplir con el art. 120 LCSP.

En **sexto y último lugar**, otro voto particular discrepante, al que –en sentido contrario al que acabamos de reseñar– sí damos más valor y fuerza argumentativa que a la opinión de la mayoría, es el que formulan los Consejeros D^a María Pilar Canedo y D. Josep María Salas en la Resolución⁷¹ *Medios propios*. Viene muy al caso al tratarse de un expediente de aplicación del art. 3 LDC en el que la Sala de Competencia acordó no incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas contra la empresa Ingeniería y Economía del Transporte S.M.E. M.P., SA (INECO), precisamente en el ámbito de la contratación pública.

En efecto, en este asunto, el falseamiento de la competencia con afectación al interés público vendría derivado de los actos desleales tipificados en el artículo 15 LCD, como “violación de normas”; en concreto, la supuesta contravención de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) en la ejecución por parte de INECO de encargos de su administración pública de referencia y por su estrategia de internacionalización.

Naturalmente, excedería el ámbito de este comentario analizar en detalle el expediente, y la complejidad administrativa de las figuras de las “encomiendas de gestión” y los “medios propios” aplicable a las empresas públicas, como era el caso de INECO, y sus implicaciones en la defensa de la competencia⁷². En esencia, denunciantes indican que los medios propios parten de una posición ventajosa por la experiencia acumulada en el sector del mercado que se trate, por la mayor facilidad y menor necesidad de financiación. Lo anterior se traduciría en una ruptura de la neutralidad competitiva en favor de los medios propios. Acusan a INECO de incumplir la normativa de contratación pública, y obtener con ello ventajas competitivas (art. 15.1 LCD) así como actuar de mala fe (art. 4 LCD).

En esencia, la Sala concluye que, al existir normas con rango legal que expresamente exceptúan de las normas generales de contratación pública los encargos a los medios propios por su poder adjudicador, y una vez examinadas las supuestas infracciones de la LCSP que las denunciantes imputaban a INECO, no se aprecia violación de norma. Al no concurrir el

⁷¹ Resolución de la CNMC de 26 de octubre de 2021, Expte. S/0007/19 *Medios Propios*.

⁷² Lo ha hecho la propia autoridad española en varias ocasiones: Informe de 2013 de la CNC sobre “*Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*”; Informe de la CNMC sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (IPN/CNMC/010/15).

primero de los requisitos del art. 3 LDC –existencia de una conducta desleal– huelga examinar los otros dos.

Los firmantes del voto particular discrepante, en cambio, entienden que se ha realizado un análisis insuficiente de la denuncia presentada para verificar si las conductas constituyen efectivamente una infracción del artículo 3 de la LDC. Tras hacer sus propias consideraciones sobre el recurso a los medios propios (Apartado 3º A), y examinar en detalle las exigencias para que una entidad sea considerada medio propio (arts. 32 y 33 LCSP), analiza la posible aplicación del art. 3 LDC a los hechos denunciados (Apartado B).

En cuanto a la afectación del interés público, señala el voto particular que desde el punto de vista cuantitativo *“los datos muestran que el recurso a los encargos de medios propios resulta en nuestro ordenamiento muy frecuente. La dimensión del mercado relevante afectado por la conducta denunciada (alrededor de un 4% del PIB)”* (párrafo nº 25), y desde el punto de vista cualitativo *“el contenido de los encargos y sus objetivos suponen la existencia de financiación pública para prestar servicios a la sociedad por lo que resulta imprescindible redoblar el análisis del uso eficiente de los recursos de forma que se incremente la calidad y se ajusten los costes a lo imprescindible para conseguirla. Este análisis, en sí mismo, se realiza desde la perspectiva de la inherente afectación al interés público”* (párrafo nº 26).

Respecto al requisito de la violación de normas, manifiestan los firmantes que no se ha llevado a cabo un suficiente análisis en el expediente de los requisitos legales que los medios propios han de cumplir, conforme a la LCSP (la exigencia de que el 80% de su actividad lo sea con el poder adjudicador, lo relativo al porcentaje máximo de subcontratación, que el encargo genere eficiencia en la actuación de la administración, etc.), y por tanto sí puede haber habido una infracción del art. 15.1 LCD, que el archivo del expediente obvia (párrafos nº 30 a 34).

5. Conclusiones

De todo lo visto en las páginas precedentes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La prohibición contenida en el art. 3 LDC de falseamiento de la competencia por actos desleales es, sin duda, una de las figuras más controvertidas de todo nuestro ordenamiento antitrust. Con independencia de que haya pasado por momentos de mayor o menor aceptación, siempre ha estado cuestionada, su aplicación genera inseguridad jurídica, y la revisión judicial de las sanciones que se imponen no le da ningún tipo de consistencia.

2. Si bien la praxis decisoria de los extintos TDC y CNC, cuando se configuró el precepto en la Ley 16/1989 como artículo 7, y pasó luego a artículo 3 con la vigente Ley 15/2007 ha contribuido –más el primero que la segunda– a una cierta clarificación de su alcance, y la delimitación de sus tres requisitos, no puede decirse lo mismo de la actual CNMC. Como hemos visto, en sus casi diez años de existencia ha impuesto únicamente una multa por infracción de la norma, y toda su intensa actividad en este ámbito ha sido de archivo de actuaciones o directamente no incoación de expediente sancionador.

3. Se aprecia, por contraste, una línea de aplicación más estable, sólida y consistente por parte de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia. Como hemos tenido ocasión de analizar en estas páginas, especialmente la Comisión Galega Da Competencia ha ido dictando estos años una serie de expedientes que justifican plenamente la existencia de esta prohibición. Pensamos que éste es su ámbito propio de aplicación, y ya que –en una incorrección legal que sorprendentemente aún no se ha rectificado– el art. 3 LDC sigue hablando de la inexistente *Comisión Nacional de la Competencia*, debería privársele a la CNMC la facultad de aplicación de este precepto.

4. Especialmente acertado ha sido, en la labor de las autoridades autonómicas, la delimitación del siempre confuso requisito de “afectación del interés público”, desde una dimensión más cualitativa que cuantitativa, precisamente en su ámbito de jurisdicción propio, el regional y local. Pese a lo violento que pueda parecer el contraste, como hemos visto al hilo de algunas de las resoluciones estudiadas, ¡no es del todo descabellado concluir que concurre este requisito en una práctica que afecta a 12 municipios del Norte de Lugo y en cambio obviarlo en un sector que supone alrededor del 4% del PIB de nuestro país!
5. El ámbito de la contratación pública se ha convertido, en estos últimos años, en un terreno fértil en el que examinar la infracción del art. 3 LDC, fundamentándolo en la violación de normas (vía art. 15 LCD) como la LCSP, o sencillamente por conductas carentes de buena fe (vía art. 4 LCD) en las empresas contratistas, adjudicatarias, públicas, medios propios, etc.
6. Es clamoroso que la prohibición del art. 3 LDC siempre se “quede fuera” de nuevas realidades jurídicas: no está en el Proyecto de Código Mercantil, no es aplicable por los Juzgados de lo Mercantil, no es considerada una infracción del Derecho de la competencia que genere un daño resarcible (art. 71.2 LDC), no es una infracción muy grave (art. 62.3 a) LDC).
7. Por lo tanto, y matizando la opinión que he mantenido en otras publicaciones, este precepto quizá no tenga que ser derogado, pero sí “redimensionado”, en la línea que acabamos de expresar. Ya hemos señalado que la reforma de la LDC motivada por la transposición de la Directiva ECN+ ha vuelto a ignorar la existencia de este precepto; quizá la convalidación parlamentaria del RD Ley 7/2021 sea una buena ocasión para ello.

6. Bibliografía

- BERENGUER FUSTER, L. y GINER PARREÑO, C.: “Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Derecho de los Negocios*, Año XI, núm. 114, Marzo 2000.
- CABRERA, S. y ESCUDERO, A.: “La aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia: ¿la reactivación del ilícito?”, *Anuario de la Competencia 2011-12*, Ed. Marcial Pons - Fundación ICO, Madrid, 2012.
- CARBAJO CASCÓN, F.: “La competencia desleal (I). Cláusula general e ilícitos por competencia desleal. La publicidad comercial desleal”, en *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.: “Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público”, *Anuario de la Competencia 2014*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015.
- COSTAS COMESAÑA, J.: Capítulo V. Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal, en *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid 2009.
- La especialidad del Derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil: Estudios sobre el futuro Código Mercantil, libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- “La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia”, en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y

- OLMEDO PERALTA, E. (Dirs), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona) 2022.
- DÍEZ ESTELLA, F.: “¿Réquiem por el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *Diario La Ley*, año XXVI, núm. 6373 lunes, 5 de diciembre de 2005.
- Capítulo 12. El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales, en BENEYTO, J.M. y MAÍLLO, J. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, Ed. Bosch, Madrid 2017.
- GARCÍA PÉREZ, R.: "Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (a propósito de la Resolución de la CNC, de 24 de febrero de 2012, Iberdrola Sur)", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 11, Año 2012.
- GARCÍA VILLARRUBIA, M. y MAGIDE, M.: “El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo; la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (asunto *Planes Claros*)”, *RDM*, núm. 261, 2006, págs. 1087 y ss.
- MASSAGUER FUENTES, J.: “Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Civitas (6ª Ed.), Madrid 2020.
- MONTAÑÁ MORA, M.: “Artículo 3: Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en *Derecho Español de la Competencia*, Tomo I, Ed. Bosch, Madrid 2008.
- *La modernización del Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005.
- REBOLLO PUIG, M.: “Control Judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”, en J. GUILLÉN CARAMÉS y M. CUERDO MIR, *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra 2015.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: “El falseamiento de la libre competencia por actos desleales: el caso Gas Natural”, en el blog *Derecho y Competencia*, 17 de abril de 2016).
- *Libre competencia y competencia desleal (examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)*, Ed. La Ley, Madrid 2001.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A.: “Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia”, *Revista Galega de Administración Pública*, EGAP, Núm. 62 (julio-diciembre 2021) pp. 256 a 296.
- SAN MARTÍN CALVO, M. y RICO GONZÁLEZ, J.C.: “Las sanciones administrativas en relación con las prácticas de competencia desleal”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 5/202, parte Doctrina, 2021.
- SOLDEVILA FRAGOSO, S.: “Las multas de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia frente a cuatro jurisdicciones” en J. GUILLÉN CARAMÉS y M. CUERDO MIR (Dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra 2015.