

EL ARTÍCULO 3 LDC: FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES

Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

1. INTRODUCCIÓN.

El tema que va a ser objeto de estudio en este trabajo, el ilícito antitrust tipificado en el art. 3 de la Ley 15/2007, de 2 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), es una cuestión que, a modo de introducción, podemos calificar como abierta y compleja.

Abierta, porque el texto legal admite un cierto número posible de interpretaciones, y el debate doctrinal y jurisprudencial en torno al mismo no está, ni mucho menos, cerrado. Compleja, porque la competencia, tal como se entiende modernamente, y desde los postulados de la Teoría Unitaria del Derecho de la competencia, es un concepto que no se limita a desplegar sus efectos en el ámbito jurídico, sino que aspira también a intervenir en amplios sectores de la vida social y económica. Un fenómeno de estas características parece que se resiste a dejarse “encerrar” en un concepto simple y unívoco, y la articulación entre los dos textos legales que la amparan, la LDC y la Ley 3/1991, de 10 de diciembre, de Competencia Desleal (en adelante LCD) no es, ni mucho menos, una tarea sencilla.

La práctica procesal en nuestro país avala esta opinión, ya que en los más de veinte años ya del tipo –en sus diferentes versiones de la LDC 1989 y 2007)- su inaplicabilidad ha sido, cuanto menos, clamorosa. La doctrina, por su parte, tampoco ha sido demasiado condescendiente con el precepto, habiendo sido calificado como un actor dentro del panorama escénico del Derecho de la competencia en nuestro país con un papel “polémico, errático y, acaso, inútil” (MONTAÑÁ MORA, 2005: 285).

Para este estudio se seguirá el siguiente esquema. Tras este epígrafe de introducción, una mención al marco en el que el artículo 3 LDC despliega sus efectos, el de las relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal. A continuación, en el epígrafe tercero, se señalarán los precedentes normativos del precepto, así como su actual configuración, para seguidamente –en el epígrafe cuarto- analizar su estructura interna, sobre la base de los tres elementos que integran el tipo: la existencia de un ilícito desleal, el falseamiento de la competencia, y la afectación del interés público. En el último epígrafe de este trabajo, el quinto, se ofrecen una serie de conclusiones, con especial referencia a la doctrina del Tribunal Supremo en el asunto “Planes Claros”, y una opinión final, a favor de la derogación normativa de este precepto.

2. LAS RELACIONES ENTRE LA LDC Y LA LCD.

Como hemos tenido oportunidad de señalar hace tiempo, la articulación entre ambos ordenamientos tuteladores de la competencia en España es una cuestión que merece a todas luces el calificativo de “complicada” (DÍEZ ESTELLA, 2001). Sin embargo, para entender el art. 3 LDC se precisa remontarse a los orígenes de esta complicada relación, y por ello, sin ánimo de exhaustividad, se llevará a cabo a continuación una breve reseña del estado de la cuestión, en el plano dogmático-conceptual, previo a entrar al análisis concreto del precepto.

El derecho de la competencia se ha desarrollado en nuestro ordenamiento a través de dos diferentes sistemas normativos (ALONSO SOTO, 1996): por un lado, el regulador de la libertad de competencia, que comprende un grupo de normas cuya finalidad es sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores económicos que impidan la existencia de competencia en el mercado, y es por ello llamado Derecho antimonopolio, Derecho *antitrust*; por otro, el regulador de la competencia desleal, que comprende un conjunto de normas que vienen a sancionar aquellas conductas empresariales que atentan contra la corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado.

En definitiva, la competencia es un bien que el Derecho viene a tutelar y defender desde una doble perspectiva: desde la libertad y desde la lealtad. Tradicionalmente, además, se ha venido afirmando la conveniencia de que ambos sistemas coexistan de forma separada debido a las diferencias existentes entre ambos:

1) En cuanto a la función que cumplen, la normativa *antitrust* persigue la ordenación del mercado para lograr el máximo de eficiencia, mientras que la normativa de deslealtad persigue fundamentalmente la ordenación de la profesión. El bien jurídico protegido es en el primer caso la libertad de empresa, mientras que en el segundo es la deontología profesional.

2) En cuanto al interés protegido, la normativa *antitrust* persigue la protección de un interés público, el llamado orden económico, mientras que las normas sobre competencia desleal persiguen la defensa de los intereses privados de los empresarios en conflicto.

3) Por último, en cuanto a la naturaleza y el alcance del ilícito, la normativa *antitrust* atiende fundamentalmente a la finalidad perseguida por las prácticas anticompetitivas (limitar o falsear la competencia), mientras que las normas de competencia desleal atienden al medio empleado en la realización de esas prácticas (la deslealtad).

Hay por tanto un fundamento común, el derecho individual a la libre actividad económica (protegido, en el plano de su existencia, por el Derecho *antitrust* y en sus modalidades de desarrollo por el Derecho de competencia desleal), un mismo objeto de tutela, la competencia (entendida como principio autónomo ordenador de la vida social y económica), y una identidad de funciones (lo que significa abrir el juicio de deslealtad a parámetros político-sociales y político-económicos; la institución de la competencia desleal cambia de tutelar los intereses de los empresarios a dar primacía al orden público económico, de utilizar el reenvío a elementos extrajurídicos –las buenas costumbres, los usos mercantiles, las normas de corrección- a usar criterios de naturaleza económica –la eficiencia-; finalmente, de ser un derecho de conflictos entre

empresarios a ser una normativa de organización y control del derecho de libertad económica).

Siguiendo a los autores que más y mejor ha estudiado la dogmática de esta construcción (PAZ ARES, 1981 y MENÉNDEZ MENÉNDEZ 1988) se puede hablar por tanto, de una «tríada de intereses» protegidos: los intereses individuales de los competidores, los intereses colectivos de los consumidores, y los intereses generales del mercado, cuya tutela informa todo el Derecho de la competencia desleal español. Ello es así porque, como ha señalado de igual modo doctrina más reciente (COSTAS COMESAÑA, 1998) la protección de cualquiera de ellos produce la protección refleja de los demás.

A partir de este momento, pues, se entiende que la lucha competitiva sólo es legítima en la medida en que se desenvuelva sobre la base de una actividad de mejora de las propias prestaciones. Este importantísimo principio de la eficiencia por las propias prestaciones (*Leistungswettbewerb*), o competencia basada en el principio del propio esfuerzo (*Leistungsprinzip*) significa, desde la perspectiva de la competencia desleal, que habrá un daño al concurrente, pero ese daño es el resultado de mi actividad en el mercado, no el medio que utilizo para concurrir. Por su parte, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, la ventaja concurrencial que puedo tener proviene de la calidad de mis prestaciones, no del abuso que hago de una posición dominante o un acuerdo colusorio al que llego con otro competidor.

Esto, en cuanto a los medios; ¿y en cuanto a los fines? En nuestro Derecho, y en relación a cuáles sean dichos objetivos del Derecho antitrust, es inexcusable la referencia a la obra del profesor FIKENTSCHER que viene a representar una actitud integradora de las diferentes posturas que en este debate se han mantenido, en el sentido de que, de acuerdo con los postulados ordoliberales de la Escuela de Friburgo, habla de una *función político-jurídica*, en el que el bien protegido es la igualdad de condiciones en el mercado; una *función político-económica*, que busca la tutela de la justicia en las relaciones comerciales; y una *función político-social*, que tutela una distribución equitativa de bienes y posibilidades para todos los ciudadanos.

Asimismo, y como ha puesto de relieve la más autorizada doctrina (ULRICH, 2005), esta discusión no es sólo relativa a la distinción entre las normas antitrust que protegen la competencia y las normas de lealtad que protegen la equidad en las relaciones comerciales entre particulares, sino que refleja el clásico dilema en el diseño e interpretación de la normativa sobre competencia sintetizado en la clásica dicotomía «*protecting competition v. protecting competitors*».

En cualquier caso es evidente que la práctica y el tráfico mercantil van a provocar situaciones en las que haya que “viajar” del ámbito de la Ley de Defensa de la Competencia al de la Ley de Competencia Desleal, y viceversa, ¿Qué es lo que permite ese paso de una ley a otra? ¿Cómo ha previsto el legislador la conexión entre ambos ordenamientos? La respuesta la encontramos en sendos artículos que constituyen lo que se ha venido en denominar “el mecanismo de cierre del sistema”. Nos referimos al art. 3 LDC, que trata del falseamiento de la competencia por actos desleales, y su contrapunto necesario, el art. 15.2 LCD, que tipifica los actos desleales que consistan en infracción de normas.

En el segundo caso, se prevé precisamente como uno de los tipos del catálogo de conductas desleales la infracción de normas que regulan la actividad concurrencial,

entre las cuales, por delante de cualquier otra, podemos situar a la propia Ley de Defensa de la Competencia (ALFARO ÁGUILA REAL, 1981). Así, según este planteamiento, un acuerdo colusorio, un abuso de posición dominante, ¿son actos de competencia desleal por infracción de normas, *ex art. 15 LCD*? Por el carácter general de la LCD respecto de la LDC, un amplio sector doctrinal (TRONCOSO REIGADA, 1997) entiende que toda infracción de la LDC, es infracción también de la LCD, y por tanto es perfectamente posible sostener que todas las conductas colusorias o abusivas son *per se* conductas desleales.

Dejamos aquí simplemente incoada esta cuestión, ya que su análisis exhaustivo excede el ámbito de este comentario, que se centra en el otro “puente”, el del art. 3 LDC, cuyos antecedentes normativos y actual configuración se estudian en el epígrafe siguiente.

3. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y ACTUAL CONFIGURACIÓN.

La consideración de un ilícito antitrust cuyo contenido material fuera de competencia desleal tuvo su primera tipificación en nuestra legislación en el artículo 3 d) de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia.

Más recientemente, el artículo 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, cuya redacción original fue alterada por el art. 5 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, constituye el precedente más próximo del actual art. 3 de la Ley 15/2007.

No se trata aquí de llevar a cabo una disertación histórica sobre las motivaciones político-económicas y los subsiguientes debates parlamentarios que dieron lugar a las sucesivas reformas a que se ha hecho referencia, otros autores lo han estudiado, y a sus obras nos remitimos.

Sí parece oportuno señalar la variación que, en el tiempo, ha sufrido el ilícito que venimos considerando. El art. 3 d) de la Ley 110/1963 no puede considerarse propiamente un antecedente del actual art. 3 LDC, ya que sólo consideró que las conductas desleales pudieran considerarse ilícitas desde el punto de vista antitrust si eran parte de una práctica colusoria o se llevaban a cabo desde posición dominante.

En cambio, el precedente más inmediato, el art. 7 de la Ley 16/1989, lo que precisamente tipificaba es la realización de conductas que no resultaban de un acuerdo restrictivo (tipificados por el art. 1 de la misma LDC 1989) ni presuponían la posición dominante de la que dimanaba el abuso anticompetitivo (tipificado por el entonces art. 6 LDC 1989). Por tanto, lo que este precepto establecía era el sometimiento de determinados actos de competencia desleal –los que “falseaban de manera sensible la competencia” y por ese mismo motivo “afectaban al interés público”- a los procedimientos y sanciones de la normativa antitrust, la contenida en la LDC.

En la reforma a la que se ha hecho ya referencia, del año 1999, se precisó aún más la exigencia de afectación del falseamiento sensible de la competencia, exigiendo la redacción del art. 7 otorgada por la Ley 52/1999 que la conducta desleal ocasionara una “distorsión grave” de las condiciones de competencia en el mercado y que, en todo caso,

afectara al interés público. Puede fácilmente apreciarse que esta reforma no supuso ningún cambio sustancial en el precepto, ni en cuanto a su ámbito de aplicación.

El actual art. 3 LDC es, como ya se ha señalado, muy próximo a su precedente más inmediato, el art. 7 LDC 1989, ya que comparte con éste tanto su alcance sustantivo como la orientación político-legislativa de la norma, configurando el falseamiento de la libre competencia a través de actos desleales como una práctica prohibida por nuestra normativa antitrust, que viene a añadirse a las clásicas de los acuerdos restrictivos de la competencia y las conductas de abuso de posición dominante.

Las dos novedades más significativas que introduce la redacción de este precepto otorgada por la Ley 15/2007 son: en primer lugar, adaptar el ámbito de aplicación de la norma a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre que, como es bien sabido, dio lugar a la creación de órganos autonómicos de defensa de la competencia, atribuyéndoles a estos –cuando sea el caso- el conocimiento de las prácticas prohibidas por el art. 3 LDC; en segundo lugar, al falseamiento de la libre competencia que las conductas desleales tienen que provocar se le quitan los adjetivos, y ya no hace falta que dicho falseamiento sea “sensible” (como exigía la redacción de 1989) o “grave” (como exigía la redacción de 1999), sino simplemente falseamiento, y que éste afecte al interés público.

Estas son las dos novedades que introduce, en la redacción del precepto, la vigente Ley 15/2007, aunque es preciso señalar que la mera existencia del art. 3 LDC es ya una novedad en sí misma, pues durante el proceso de reforma de la LDC que se vivió en nuestro país a partir de la publicación del Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, el debate que la pervivencia de este artículo suscitó fue ciertamente intenso, y fueron también muchas las voces que se alzaron postulando su eliminación de la futura LDC. Ya hemos dado cuenta de ese debate, y de las diversas posiciones doctrinales suscitadas a favor y en contra de la pervivencia del entonces art. 7 LDC 1989 (DÍEZ ESTELLA, 2005), y no parece oportuno volver a reproducir aquí *in extenso* esa cuestión.

A modo de resumen, baste indicar que a favor de la supresión del art. 7 LDC 1898 se esgrimían las siguientes razones:

1) los actos de competencia desleal reflejan un conflicto entre particulares, y por tanto deben conocerse en la jurisdicción ordinaria, no en sede administrativa;

2) eliminando el art. 7 de la LDC se evitaba destinar los siempre escasos recursos de la Administración pública en la defensa de intereses que sólo lo son de particulares, pudiendo por tanto las autoridades de competencia centrar sus recursos en las prácticas restrictivas más graves;

3) la escasa aplicabilidad del precepto desde la promulgación de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia;

4) la falta de seguridad jurídica dimanante de la posibilidad de dos procesos paralelos ante jurisdicciones distintas, la ordinaria y la administrativa;

5) lo complicado –cuando no artificial- que resultaba establecer una diferencia entre la existencia de una distorsión grave de las condiciones de competencia y la afectación del interés general;

6) la coherencia con el ordenamiento Comunitario de Defensa de la Competencia;

7) el hecho de que, realizadas desde posición de dominio, las prácticas desleales fácilmente pueden subsumirse en el tipo ya existente del abuso del entonces art. 6 LDC.

8) finalmente, y desde una perspectiva académica y de pura técnica legislativa de la morfología del ilícito, se ha objetado que se trataba –el art. 7 LDC- de un ilícito *mixto* o *bifronte* que por su doble contenido desleal y antitrust desembocaba en una deformación tipológica de las estructuras morfológicas de los ilícitos concurrenciales clásicos.

Frente a estas opiniones, y a favor del mantenimiento del art. 7 LDC 1989, se argumentaba que:

1) la delimitación y el alcance de los elementos del tipo (existencia de un ilícito desleal, afectación del interés público y distorsión grave de las condiciones del mercado) iba siendo cada vez más clara, gracias a la abundante –aunque no siempre coherente- jurisprudencia del entonces TDC;

2) la virtualidad del precepto para la eficaz represión de prácticas anticompetitivas que no tenían encaje en los arts. 1 y 6 LDC era patente; y más lo sería en el futuro próximo, en el que fruto de la irrupción de las Nuevas Tecnologías en los mercados serían más frecuentes las posibilidades de una distorsión seria de la competencia por empresas sin poder de mercado (en el sentido de grandes cuotas), a través de comportamientos unilaterales de compañías no dominantes;

3) gracias a este precepto quedaba salvaguardada la legitimación de la Administración para actuar en defensa del interés público en supuestos como los citados anteriormente, y que a modo de ejemplo pueden ser actos de boicot, la explotación de una situación de dependencia económica o los precios predatorios;

4) la cuestión de la «doble jurisdicción» y las resoluciones contradictorias no era problema sólo de este precepto; afectaba al conjunto de la normativa española de Defensa de la Competencia, y estaba –entonces- pendiente de una profunda revisión que «encaje» la descentralización y judicialización operada por el Reglamento 1/2003 con la creación en nuestro país de los Juzgados de lo Mercantil, y el problema –pendiente entonces de resolver- del resarcimiento de daños y perjuicios en el ámbito antitrust derivado del art. 13.1 LDC 1989;

5) la inaplicabilidad –entonces- del precepto no parecía motivo suficiente para suprimir una norma que gozaba de una amplia tradición en el Derecho español, y que operaba a modo de conexión funcional u operativa entre los dos grandes textos legales de nuestro ordenamiento concurrencial: la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal.

El caso es que, pese a lo acalorado del debate, y la mayoría abrumadora de voces que postulaban la supresión del art. 7 LDC 1989 en comparación con los que defendían su pervivencia, el actual art. 3 LDC apareció tal como está ahora redactado en el texto de los primeros Anteproyectos que circularon, su tramitación parlamentaria fue absolutamente pacífica –no se presentó ninguna enmienda ni en el Congreso de los Diputados ni en el Senado- y finalmente se incluyó en la vigente Ley 15/2007, quedando configurado el falseamiento de la competencia por actos desleales como una conducta anticompetitiva prohibida y sancionada por nuestra normativa antitrust.

4. ANÁLISIS DE LA PROHIBICIÓN DEL ART. 3 LDC.

Como ya se ha ocupado de señalar la propia Comisión Nacional de Competencia (en adelante, CNC) en sus Resoluciones más recientes¹, la del art. 3 LDC es una conducta prohibida como lo son las de los artículos 1 (acuerdos restrictivos) y 2 (abuso de posición dominante) de la LDC. Se configura, por tanto, este ilícito, como un tipo antitrust propio, no limitándose el precepto a extender el ámbito de las funciones de los órganos de defensa de la competencia y el ámbito de aplicación de los procedimientos y sanciones previstos en nuestra normativa antitrust al control y sanción de determinados actos de competencia desleal.

Naturalmente, y a ello habremos de referirnos a continuación con más detalle, la extensión de las funciones de los órganos antitrust –sea la CNC o los correspondientes autonómicos- y de los procedimientos y sanciones propios de la LDC a la represión de actos de competencia desleal exige que éstos tengan una especial gravedad, sean particularmente idóneos para falsear la competencia, y hacerlo de tal forma –llámese o no “sensible”- que afecte al interés público y justifique por tanto la activación de los resortes antitrust.

Así, las primeras Resoluciones de la CNC recaídas en esta materia, aunque en la mayor parte de las ocasiones han terminado sin acreditar la existencia de una conducta prohibida, han exigido de forma implícita o explícita, pero continuada y consistente, que para la aplicación del art. 3 LDC es preciso que la conducta en cuestión provoque un tipo de distorsión de la competencia que tiene que ser grave, sensible o sustancial². Y esto, con independencia del mercado o sector en que tenga lugar dicha conducta, pues han recaído Resoluciones en el ámbito de la enseñanza universitaria³, la gran distribución⁴, los transportes⁵, la actuación de las patronales⁶, la regulación de la actividad comercial⁷, los derechos de propiedad intelectual e industrial⁸, la televisión⁹ o la música¹⁰.

Lo que es importante señalar desde un principio, es que este ilícito antitrust tiene una autonomía propia, y por tanto se distingue tanto de las demás conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia como de los ilícitos desleales prohibidos por la Ley de Competencia Desleal. Como ha señalado la doctrina que más se ha ocupado del análisis de este precepto (MASSAGUER, 2010), el falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal es una práctica dotada de “plena autonomía sustantiva respecto de las otras prácticas restrictivas prohibidas”, a la vez que su ilicitud con arreglo a la LDC no reside en su misma deslealtad concurrencial (con arreglo a la LCD) sino en el impacto que sus efectos tienen o pueden tener sobre la competencia en el mercado y, precisamente por esta razón, sobre el interés público¹¹.

¹ RCNC *Imsero – Once*, de 4 de septiembre de 2008, Expte. S/0015/07.

² RCNC *La tienda en casa*, de 30 de noviembre de 2007, Expte. S/0013/07.

³ RCNC *Universidad Politécnica de Madrid*, de 22 de febrero de 2008, Expte. 2787/07.

⁴ RCNC *LIDL Supermercados*, de 3 de marzo de 2008, Expte. S/0049/08.

⁵ RCNC *TuBillete*, de 11 de marzo de 2008, Expte. S/0041/08.

⁶ RCNC *Cámaras de Comercio*, de 18 de abril de 2008, Expte. S/0050/08.

⁷ RCNC *Venta de Aceites de Grandes Superficies*, de 10 de noviembre de 2009, Expte. S/0160/09.

⁸ RCNC *Mediaproducción – Gestevisión*, de 2 de julio de 2008, Expte. S/0016/07.

⁹ RCNC *La Sexta*, de 28 de julio de 2009, Expte. S/0151/08.

¹⁰ RCNC *Word Premium Rates – Opera*, de 9 de febrero de 2009, Expte. S/101/08.

¹¹ Ya el Tribunal de Defensa de la Competencia, en aplicación del entonces art. 7 LDC 1989 se ocupó de indicar que las prácticas que constituyen un falseamiento de la competencia por actos desleales son, en su origen, actos de competencia desleal –con arreglo, sí, a la LCD- pero que han de estar caracterizados, para

Una vez sentada esta premisa, de la literalidad del precepto se deduce –y esto es una cuestión pacíficamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia que aplica esta norma, y la praxis decisoria tanto del anterior TDC como de la actual CNC- que los requisitos que tienen que darse para hallarnos ante una conducta de falseamiento de la competencia por actos desleales son tres:

- 1) Existencia de un ilícito desleal;
- 2) Falseamiento de la libre competencia; y,
- 3) Afectación del interés público.

Estos tres elementos son cumulativos e independientes entre sí, de modo que la conducta que el art. 3 LDC tipifica exige que en la conducta que está siendo enjuiciada estén presentes los tres. Distinta cuestión es que, a efectos procesales, la instancia que tenga que juzgar sobre su concurrencia y haya de demostrar su existencia, opte por comprobar primero cualquiera de ellos para, en caso de no acreditarse, abandonar el examen de los restantes requisitos.

Así ha ocurrido de hecho en las primeras Resoluciones en las que la CNC aplica el tipo del falseamiento de la competencia por actos desleales, cuando establece en primer lugar si la conducta enjuiciada constituye un acto de competencia desleal¹², abandonando su examen en cuanto no acredita dicho ilícito desleal¹³, o en cambio examina primero si falsea o no la libre competencia¹⁴, o si afecta o no al interés público¹⁵.

A) EXISTENCIA DE UN ACTO DESLEAL.

En primer lugar, debe existir un comportamiento que pueda tipificarse como de competencia desleal con arreglo a los tipos establecidos en la LCD, sin que sea necesario para la aplicación del art. 3 LDC un pronunciamiento judicial previo calificando la conducta de desleal. Como ha señalado acertadamente la doctrina (FOLGUERA CRESPO, 1999), la autonomía decisoria de la CNC se fundamenta más en la dimensión de los efectos de la conducta que en la calificación que la misma pudiera merecer a la luz de la normativa de deslealtad concurrencial.

Sin embargo, y esto tampoco puede perderse de vista, la legislación antitrust no establece, en relación a este tipo del art. 3 LDC, un concepto propio y diferenciado de competencia desleal, sino que la ilicitud de las conductas constitutivas de un falseamiento de la competencia por actos desleales debe enjuiciarse y resolverse según las reglas y principios previstos en la LCD. Así lo señaló igualmente el antiguo TDC en

tipificarse como ilícitos antitrust conforme a la LDC, y en atención a su trascendencia en el mercado y su efecto sobre el interés público, por una “deslealtad cualificada”. *Vid.*, por todas, la RTDC *Caja España*, de 17 de febrero de 2000, Expte. R 405/99. Esta misma expresión es la que utiliza la CNC en las primeras Resoluciones que ha dictado en aplicación del actual art. 3 LDC (*Vid.* SUPRA notas 2 y 3).

¹² RCNC *Agencias de Carga – Correos*, de 20 de diciembre de 2007, Expte. R 703/06.

¹³ RCNC *Cerámicas el Principado*, de 15 de septiembre de 2009, Expte. S/0095/08, así como RCNC *Renfe – Adif*, de 22 de diciembre de 2008, Expte. S/0082/08.

¹⁴ RCNC *Animales de Compañía*, de 3 de noviembre de 2008, Expte. 2765/07.

¹⁵ RCNC *LIDL Supermercados*, de 3 de marzo de 2008, Expte. S/0049/08.

su praxis decisorio¹⁶ que aplicaba el entonces art. 7 LDC 1989, y no hay razón por la que no siga siendo así en adelante.

B) FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA.

La redacción de este precepto en la LDC 1989, en su artículo 7, concretaba este falseamiento de la libre competencia como “sensible”, y la reforma introducida en 1999 como “distorsión grave” de las condiciones de competencia en el mercado. Ambos calificativos del falseamiento han desaparecido en la actual redacción del artículo 3 LDC, cuyo texto, como se ha señalado acertadamente (MASSAGUER, 2010), no precisa ni el sentido de lo que constituye falseamiento de la libre competencia a estos efectos, ni la relevancia que en su caso debe tener.

Este requisito adolecía en su aplicación por parte del entonces Tribunal de Defensa de la Competencia de una línea clara que permitiera conocer al operador cuándo una conducta puede ser susceptible de afectar sensiblemente a la competencia. Así, desde sus primeros pronunciamientos en la materia, como p. ej. la Resolución *Hifervas, S.A., c. Ranx Xerox Española, S.A.*¹⁷ (en la que se denunciaba a Ranx Xerox por un supuesto abuso de posición de dominio consistente en que tras la venta a la denunciante de unas máquinas de reprografía a la que iban unidos los correspondientes contratos de mantenimiento, y tras haber conseguido la correspondiente clientela, se había instalado la denunciada en el local prácticamente contiguo, unido todo ello a la fijación de unos precios prácticamente inalcanzables para la denunciada) ha rechazado entrar a resolver conductas que «no tengan fuerza para afectar al mercado en los términos del orden público económico que tiene encomendado velar este Tribunal», remitiendo esos asuntos a la jurisdicción civil: «(...) si ha existido un hecho aislado que pueda ser o no calificado de desleal, es tema que corresponde en su caso enjuiciar a la jurisdicción ordinaria en los términos de la ley sobre competencia desleal».

Se ha apuntado (FOLGUERA CRESPO, 1999) que el elemento determinante de este falseamiento de la competencia reside en la dimensión de los efectos de la conducta en relación con el mercado relevante. Como veremos, en la praxis decisorio de nuestra máxima autoridad antitrust han existido dos corrientes de interpretación de este requisito (y del siguiente, al cual está estrechamente ligado) y esta exigencia: la “cuantitativa” y la “cualitativa”.

En este sentido, el TDC consideró que existía una afectación sensible de la competencia tanto en mercados de ámbito geográfico nacional [como p. ej. en la Resolución *Aceite de Oliva*¹⁸], de ámbito geográfico provincial [Resolución *Colegio San Alberto Magno*¹⁹], como en mercados de ámbito estrictamente local [mercado de suministro e instalación de gomas para los aparatos domésticos alimentados por butano de la localidad de Lorca, en la Resolución *Repsol Butano*²⁰].

¹⁶ Vid., entre otras, las RRTDC *Aluminios Navarra*, de 10 de mayo de 1999, Expte. R 344/98; *Propiedad Inmobiliaria Toledo*, de 3 de abril de 2001, Expte. 435/00; y *Hospital Madrid – Asisa*, de 28 de enero de 2003, Expte. R 521/02.

¹⁷ Resolución de 2 de marzo de 1992, Expte. 303/1991.

¹⁸ Resolución de 8 de julio de 1992, Expte. 294/1991.

¹⁹ Resolución de 26 de junio de 1997, Expte. r 217/1997.

²⁰ Resolución de 18 de diciembre de 1992, Expte. 314/1992.

Por ello difícilmente se entiende, como pretende la Resolución *Veterinarios Ambulantes*²¹, que poner un aviso en el interior de una pastelería denunciando la falta de fiabilidad de la actuación de unos profesionales que ofrecen asistencia veterinaria a domicilio sea una conducta que perturbe sensiblemente el mercado de servicios veterinarios del municipio de Pozuelo de Alarcón, y de ahí que la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.^a) en su Sentencia de 29 de enero de 2003 estimara el recurso interpuesto contra el pronunciamiento del TDC.

Sin embargo, en su Resolución *Cementerio Coruña*²², se desestima una denuncia contra los empleados del Ayuntamiento de la Coruña destinados en el cementerio de San Amaro por prácticas restrictivas consistentes en realizar trabajos de ornamentación y limpieza de sepulturas para particulares en horas de trabajo, y hacía el entonces TDC la siguiente aclaración (el subrayado es nuestro):

«Es doctrina de este Tribunal que el art. 7 no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados, de lo que se encarga la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La LDC es una norma de Derecho público que persigue una finalidad de interés público: que las conductas desleales no falseen el funcionamiento competitivo del mercado. Dado que la lealtad en la competencia es requisito de un normal funcionamiento del mercado, la LDC exige expresamente que el falseamiento de la libre competencia sea sensible y que, por su propia dimensión, provoque una afectación del interés público. Por tanto, la deslealtad que considera el art. 7 LDC es una deslealtad cualificada».

Ahora bien, nada se dice de qué dimensión o intensidad sea ésa. Las resoluciones de este tipo abundaban en el repertorio del TDC, y la verdad es que no aclaraban mucho más sobre el alcance material de este elemento del ilícito, redactado entonces como «distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado». Sí lo hace la doctrina que ha estudiado este concepto de “deslealtad cualificada” (ECHEVARRÍA SÁENZ, 2006).

Así, en la Resolución *Codorniu/Freixenet*²³, en la que los conocidas fabricantes de cava dirimieron ante el Tribunal cuestiones relativas a la elaboración de vino con variedad no autorizada, riego de viñedos, imitación de la marca «Carta Nevada» o erigirse en el primer elaborador de cava, se declaró que: «...al velar la LDC por el orden público económico, no será suficiente acreditar la existencia de una conducta desleal para poder aplicar el art. 7; (...) resulta crucial para poder subsumir una conducta desleal en el art. 7 el que, con independencia de los intereses privados que haya podido lesionar, cuya protección corresponde al juez ordinario, pueda demostrarse que, además, ha falseado de manera sensible la libre competencia afectando, así, al interés público».

Por su parte, la defectuosa redacción de la Resolución *Freixenet*²⁴ vino a añadir un poco más de confusión a este punto, al afirmar –analizando si disponer para su venta

²¹ Resolución de 9 de febrero de 1998, Expte. 368/1995, FJ 11.

²² Resolución de 19 de enero de 1998, Expte. r 264/1997; *Vid.*, en iguales términos, la Resolución de 31 de mayo de 1995, Expte. R 114/1995, *Enoquisa*.

²³ Resolución de 21 de junio de 1999, Expte. R 333/1998.

²⁴ Resolución de 26 de febrero de 2004, Expte. 560/2003.

como «cava» una cantidad de botellas de vino espumoso con un periodo de fermentación inferior a los nueve meses que prescribe la ley- que la ventaja adquirida por el infractor es significativa (FJ 6), y que existe un falseamiento sensible de la competencia (FJ 8), del que sin embargo los efectos no están acreditados (FJ 9), por lo que no procede la imposición de multa²⁵.

En otro contexto distinto –la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de las autoridades autonómicas- y a raíz de una polémica Sentencia²⁶ del Tribunal Supremo, la exigencia de sensibilidad del falseamiento de la competencia ha sido estudiado con profundidad y lucidez por la doctrina reciente (MARCOS FERNÁNDEZ, 2010). Recogiendo el debate al que se ha hecho referencia, sobre la “descualificación” de este falseamiento de la competencia en la redacción del artículo 3 otorgada por la Ley 15/2007, señala este autor que en este precepto es evidente –en cualquiera de sus formulaciones, incluida la actual, en la que desaparece la referencia a la sensibilidad o gravedad del falseamiento- que se exige un requisito adicional frente a los ilícitos ordinarios de competencia desleal, y que cristaliza –como veremos en el epígrafe siguiente- en términos de afectación del interés público.

Donde sí se podía encontrar una delimitación más precisa del alcance de este requisito, y por ende su efecto sobre el interés público, es en la saga de pronunciamientos del TDC sobre el ejercicio de profesiones colegiadas, y las campañas publicitarias que determinados colegios profesionales –especialmente en el ámbito de la intermediación inmobiliaria- hacían, consideradas engañosas y denigratorias respecto al servicio que ofrecen y a quienes ejercen esa actividad sin estar colegiados.

En efecto, en la Resolución *Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*²⁷, se llevó a cabo un exhaustivo repaso de la línea jurisprudencial seguida en este ámbito por el TDC [vid., entre otras, las Resoluciones *Expertos Inmobiliarios 1*²⁸ y *Expertos Inmobiliarios 2*²⁹], en el sentido de que anuncios como los publicados por las denunciadas –que básicamente suelen decir que quien no está colegiado no puede ejercer la actividad, y además no suele ofrecer las garantías mínimas de profesionalidad- alteran significativamente el funcionamiento competitivo de ese mercado, ya que se trata de un sector muy sensible a ligeras variaciones de precio habida cuenta de la gran sustituibilidad entre profesionales que existe en el mercado de la intermediación inmobiliaria. Esta doctrina también fue confirmada por la Audiencia Nacional³⁰, pero un pronunciamiento del Tribunal Supremo casó la Sentencia de la AN y anuló por tanto la Resolución del TDC.

²⁵ Afortunadamente, en el voto particular que formulan dos vocales se explica semejante contradicción en la redacción de los Fundamentos Jurídicos por parte de la posición mayoritaria, aclarando que el TDC consideró que, aun siendo la infracción significativa –en el sentido de haber afectado a un porcentaje importante del mercado, el 14% de las botellas vendidas- no ha tenido repercusión desfavorable sobre los otros productores (que más bien se hubieran visto favorecidos por una hipotética pérdida de calidad de los productos de *Freixenet*) que pudo causar el incumplimiento de la reglamentación sobre la denominación de origen, por lo que no procede la imposición de multa.

²⁶ Sentencia de 29 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Rec. 8/2007.

²⁷ Resolución de 30 de mayo de 2002, Expte. 521/2001, FJ 9º.

²⁸ Resolución de 28 de julio de 1998, Expte. 405/1997.

²⁹ Resolución de 19 de noviembre de 1998, Expte. 357/1995.

³⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional (Secc. 6ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 12 de abril de 2002, Rec. 63/1999.

En efecto, el punto y final a esta interesante «saga» de pronunciamientos en un sector tan determinado y específico lo puso dicho pronunciamiento³¹, que anuló la Resolución *Expertos Inmobiliarios 2*, resolviendo el recurso de casación interpuesto por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España y de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Álava, Badajoz, Guipúzcoa, Huelva, La Rioja, La Coruña, Las Palmas de Gran Canaria, Santa Cruz de Tenerife y Vizcaya, contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que confirmaba esta Resolución y declarando que no puede considerarse que las conductas imputadas a los profesionales de la intermediación inmobiliaria –la inserción de anuncios en medios de comunicación en los que se formulaban aseveraciones precautorias sobre la incapacidad profesional e intrusismo de ciertos profesionales de la mediación inmobiliaria- carecían del elemento intencional o negligente necesario para su tipicidad.

En este mismo sector, en la Resolución *Asociación Expertos Técnicos Inmobiliarios / Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*³², el cumplimiento de los requisitos del entonces art. 7 LDC de afectación del interés público y distorsión grave de la competencia se deducía sencillamente de la «finalidad» de la campaña publicitaria (reforzar el papel del API y combatir el supuesto intrusismo de agentes no colegiados) y de la «propia naturaleza del medio empleado» (anuncio publicado en un periódico de 383.000 ejemplares de tirada).

Igualmente, en *Agentes de la Propiedad Murcia*³³, la ya referida «deslealtad cualificada» se deducía del hecho de que la práctica enjuiciada –difusión de manifestaciones y publicaciones sobre la exclusividad del COAPI de Murcia en la mediación inmobiliaria y las dudosas gestiones efectuadas por los operadores no pertenecientes a dicho Colegio- iba dirigida a eliminar por medios desleales al resto de operadores, y que se lleva a cabo no por un operador aislado, sino por un colectivo integrado en Colegio.

Finalmente, en la Resolución *Administradores de Fincas*³⁴, los actos desleales distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado de administradores de fincas al inducir a los propietarios de fincas a confiar su administración a los miembros de los Colegios de Administradores de Fincas en detrimento de sus competidores y en detrimento de su propia libertad de decidir libremente la elección del administrador que consideren más conveniente.

Esta trascendencia o importancia práctica del falseamiento de la libre competencia por las prácticas desleales comporta que se exija, para hallarnos ante un ilícito antitrust contemplado por el artículo 3 LDC, un componente cualitativo o exigencia de relevancia en dicho falseamiento. Así lo ha entendido la CNC en las primeras resoluciones³⁵ en aplicación de este precepto, de modo que el falseamiento de la libre competencia de este precepto no consiste en cualquier falseamiento de la estructura del mercado o el comportamiento económico de sus agentes, sino que tiene que tratarse de una distorsión sensible, grave, significativa, acentuada; en definitiva, con

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 3.ª), de 9 de marzo de 2005.

³² Resolución de 30 de abril de 2002, Expte. 519/2001, FJ 3º.

³³ Resolución de 9 de marzo de 2001, Expte. 485/2000, FJ 3º.

³⁴ Resolución de 26 de noviembre de 2002, Expte. 529/2001, FJ 10.

³⁵ *Vid.*, además de las ya citadas, la RCNC *La Salle*, de 3 de diciembre de 2007, Expte. S/0004/07; la RCNC *Rotores*, de 28 de enero de 2009, Expte. 2659/05; y la RCNC *Direct Recursos*, de 16 de abril de 2009, Expte. S/0123/08.

la terminología resultante de la aplicación jurisprudencial del artículo 7 LDC 1989, una “deslealtad cualificada”.

C) AFECTACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO.

El último de los requisitos estructurales del ilícito del artículo 3 LDC es que el acto de competencia desleal, quedando acreditado que plantea un riesgo de falseamiento de la libre competencia, y precisamente por ello, además afecte al interés público.

Este tercer requisito, que como se ha avanzado antes está estrechamente ligado al anterior –hasta el punto de que se afirmado constantemente que uno y otro son redundantes–, es quizá el aspecto más confuso de toda la problemática a la que estamos haciendo referencia, ya que el concepto de “afectación del interés público” no se encuentra definido en ningún texto legal. Se ha señalado (BERENGUER FUSTER y GINER PARREÑO, 2000) que no ha sido fácil para la doctrina, en general, “digerir” la distinción entre interés general e interés privado en la conformación del Derecho general de la competencia español.

Y es que nuestra máxima autoridad antitrust, en aplicación del entonces artículo 7 LDC 1989 se prodigó bastante en decir qué no es interés público, y poco en dar una delimitación positiva del concepto. Así por ejemplo, en la Resolución *Videoclub*³⁶, en la que se denunciaba a la distribuidora Fox Video por supuesta competencia desleal e infracción de los arts. 1 y 7 LDC, consistente en haber vendido la película “Titanic” a las grandes superficies en mejores condiciones que a los videoclubes, se señala que “*el interés público no puede residir (...) en que los consumidores finales puedan todos ellos adquirir los productos a los mismos precios, pues el precio de venta al público dependerá de muchos factores tales como el precio de adquisición, los gastos de estructura, el beneficio que quiera obtener el comerciante, etc. y de la confluencia de todos estos factores difícilmente puede obtenerse un precio uniforme*”.

Igualmente, en la Resolución *Bacardí*³⁷, la conocida fabricante de ron fue denunciada por el grupo Larios por conducta supuestamente abusiva y desleal, consistente en utilizar una publicidad presuntamente engañosa para confundir a los consumidores sobre el origen del ron Bacardí con el fin de dificultar la penetración en el mercado de uno de sus principales competidores, el ron Habana Club. En su Resolución, el Tribunal declaró que “*no se ha probado afectación del interés público, porque no ha resultado acreditado que la actuación de Bacardí haya anulado o perjudicado la capacidad de competir de la marca Ron Habana Club*”.

De igual modo, en su Resolución *Ayuntamientos de Gran Canaria*³⁸, en la que éstos fueron denunciados por la Asociación de Empresarios de la Construcción de la provincia de las Palmas por prácticas abusivas y desleales consistentes en la cesión gratuita de suelo una empresa de propiedad pública, el Tribunal desestimó la denuncia por entender que: “*...para aplicar el art. 7 LDC a los comportamientos denunciados, tienen que concurrir las siguientes circunstancias: (...) c) Que por su dimensión o intensidad provoquen una afectación del interés público. En el presente caso, esa condición no se cumple, por lo que no puede resolverse en esta sede si hay práctica*

³⁶ Resolución de 8 de junio de 1999, Expte. r 354/99.

³⁷ Resolución de 30 de septiembre de 1999, Expte. 362/99.

³⁸ Resolución de 20 de julio de 1998, Expte. r 311/98, revocada por la Audiencia Nacional, Sentencia de 29 de junio de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª).

desleal en la conducta de los municipios denunciados, aunque la denunciada tiene expedita la jurisdicción ordinaria para la defensa de sus intereses en la materia”.

Sí es un poco más clara a la hora de delimitar con un poco de precisión qué ha de entenderse por afectación del interés público –aunque por la vía “negativa” a que antes se ha hecho referencia- la Resolución *Talleres Landaluce*³⁹, en la que el representante de una empresa de servicios industriales denunció a Talleres Landaluce S.A. por supuestas prácticas abusivas y desleales.

Igualmente, en la ya citada *Agentes de la Propiedad Murcia*⁴⁰, encontramos una de las pocas ocasiones en las que el TDC deslindó el análisis de la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado de la afectación del interés público, deduciéndose este último del hecho de que la actuación del COAPI de Murcia recayó sobre un bien económico de gran trascendencia social, como es la vivienda, con un volumen económico de más de 5.000.000.000 pts anuales. Así mismo, en la Resolución *Administradores de Fincas*⁴¹, una conducta similar se entiende que afecta al interés público por la propia dimensión de los mercados afectados (los servicios de administración de todas las fincas rústicas y urbanas de las provincias de Barcelona, Gerona, Tarragona, Lérida, Alicante, Zaragoza, Huesca, Soria, Cáceres, Badajoz, Murcia, Madrid, Guipúzcoa, Álava, Ávila, Sevilla, Huelva, Albacete, Las Palmas, La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra).

Vemos, por tanto, que sí cabe por lo menos apreciar en la praxis decisoria de nuestra autoridad antitrust una doble vertiente de la afectación del interés público: por un lado, su dimensión “cuantitativa”⁴², y por otro la dimensión “cualitativa”⁴³.

Existe un tipo de Resoluciones del entonces TDC en los que la concurrencia de este requisito se deriva de no respetar la debida separación entre el ámbito de actuación privada-particular del ámbito público-administrativo. Así, en la Resolución *Eléctrica Eriste*⁴⁴ se enjuició la actuación del Ayuntamiento de Benasque, por la presentación de una oferta económica para adjudicarse un contrato de forma verbal y fuera de plazo, una vez conocida la oferta de su único competidor, y no haber separado jurídicamente las actividades de generación y distribución de electricidad. En este caso se calificó como de interés público el mantenimiento de un mercado, el de la distribución de electricidad, que para que funcione de acuerdo con unos criterios competitivos exige que aquellas empresas mejor dotadas para ofrecer un servicio de calidad a un menor coste sean las encargadas de prestarlo. Por ello, el hecho de que la entidad denunciada se beneficiara de sus privilegios como Administración Pública y de la ventaja que le reportó el incumplimiento de la normativa legal para desplazar a su único competidor, produjo una distorsión suficientemente grave como para entender que estaba incluida en las conductas prohibidas por el art. 7 LDC 1989.

³⁹ Resolución de 15 de julio de 1996, Expte. r 158/96, que desestima la demanda al entender que “*Se trata, pues, de cuestiones que afectan a las relaciones privadas de los contratantes que no tienen trascendencia para la libre competencia y que, por lo tanto, deben ser dilucidadas por la vía del procedimiento civil ya iniciado*”.

⁴⁰ Resolución de 9 de marzo de 2001, Expte. 485/00, Fto. Jco. nº 3.

⁴¹ Resolución de 26 de noviembre de 2002, Expte. 529/01, Fto. Jco. nº 10.

⁴² *Vid.*, además de las ya citadas, la Resolución *Eurohogar Sarmiento*, de 4 de julio de 2003, Expte. 548/02, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de mayo de 2005.

⁴³ *Vid.*, entre otras, la Resolución *Aceites*, de 8 de julio de 1992, Expte. 294/91, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de marzo de 1997.

⁴⁴ Resolución de 7 de abril de 2003, Expte. 535/02, Fto. Jco. nº 5.

Lo mismo que en la Resolución *Farmacias Las Palmas*⁴⁵, en la que se desestima la denuncia de un particular contra una empresa por supuestas prácticas desleales consistentes en obtener información privilegiada al trabajar como empleado de los servicios administrativos del Colegio Oficial de Farmacéuticos de las Palmas de Gran Canaria, y utilizar esa información para captar clientes para su actividad privada. Aunque finalmente también fue desestimada la denuncia, en la Resolución *Caja Postal – Argentaria – Correos*⁴⁶ se denunció el falseamiento de la libre competencia por actos desleales al haber violado estas entidades la Ley 25/1991 que obliga a la banca pública a competir en régimen de igualdad con la banca privada.

Es precisamente en este ámbito al que se viene haciendo referencia, el de confusión entre el ámbito público y privado, en el que encontramos una interesante digresión sobre qué había de entenderse por “interés público” en el sentido del entonces artículo 7 LDC 1989. Así, en la Resolución *Embarcaciones Recreo Lanzarote*⁴⁷ al valorar que la distorsión de la competencia perjudique o dañe al interés público, entendió que dicho perjuicio no se daría cuando la distorsión de la competencia se encontrara protegida o encausada por las propias normas legales legítimamente aprobadas por instancias que dispongan de poder legislativo y que, siguiendo la doctrina más admitida en derecho público, pueden considerarse representantes de ese interés público.

En este sentido, la ya comentada Resolución *Ambulancias de Cataluña*⁴⁸ es uno de los pocos casos en los que el TDC admitió expresamente la aplicación del principio de confianza legítima, al señalar que “*tiene razón, a este propósito, Cruz Roja cuando invoca en sus alegaciones el principio de confianza legítima en la actividad de la Administración catalana. Considerando que Cruz Roja cumplía los requisitos para las correspondientes autorizaciones y que no disponer de ella resultaba ajeno a su voluntad, estando además amparada por el principio de confianza legítima, se carece de base para aplicar el art. 15.1 LCD*”. Y por ello la Sentencia de la Audiencia Nacional que la confirma declara, haciendo una interesante reflexión en torno al tema de la afectación del interés público, que “*no han quedado acreditadas las imputaciones de infracción legal del art. 15 LCD que el SDC dirige a Cruz Roja Española aunque consta la afectación del interés público del art. 7 LDC, porque se trata del desempeño de un servicio público asistencial de indudable trascendencia para la generalidad de sus potenciales usuarios en la Comunidad autónoma de referencia, a efectos de fijar el mercado relevante del servicio de transporte sanitario*”⁴⁹.

En las últimas decisiones del entonces TDC se pueden encontrar argumentaciones más claras a la hora de delimitar el alcance de este requisito material del artículo 3 LDC, al archivar denuncias o desestimar recursos contra decisiones de archivo cuando entiende nuestra autoridad antitrust que el conflicto es claramente entre particulares, y ante la ausencia –patente– de afectación al interés público insta a las partes litigantes a recurrir a la jurisdicción ordinaria. Así, en la Resolución *Distribuidora Peña Sagra*⁵⁰, no dudó en afirmar –ante la interrupción del suministro por parte de una distribuidora de prensa a una vendedora– que “*lo único que se advierte es*

⁴⁵ Resolución de 8 de octubre de 1999, Expte. r 374/99.

⁴⁶ Resolución de 3 de febrero de 1999, Expte. 417/97.

⁴⁷ Resolución de 12 de junio de 2002, Expte. r 485/01, Fto. Jco. nº 6.

⁴⁸ Resolución de 29 de julio de 1999, Expte. 439/98, Fto. Jco. nº 4º.

⁴⁹ Sentencia de 14 de mayo de 2002 (RJ 2003/328), Fto. Jco. nº 4.

⁵⁰ Resolución del TDC, de 10 de febrero de 2004, Expte. R 564/03, Ftos. Jcos. 2º y 3º.

la existencia de un conflicto inter partes que sólo puede tener cobijo en el ámbito del Derecho Privado” y por tanto “no tiene un carácter económico significativo que justifique la aplicación de las normas sobre defensa de la competencia, no reuniendo los requisitos para ser calificada como determinante de infracción de los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia”.

En las primeras resoluciones de la CNC dictadas en aplicación del artículo 3 LDC se aprecia una continuidad en este sentido, ya que la afectación del interés público se contempla sin lugar a dudas 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 desleal⁵¹.

También el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse a este respecto, señalando⁵² que la vulneración de la LDC se inspira, en este aspecto concreto, en el hecho de que determinados comportamientos desleales de los agentes en el mercado exceden los efectos nocivos *inter partes* cayendo de lleno en el ámbito de los intereses generales de orden económico, que como tales son objeto de tutela y protección por parte de la Administración Pública.

5. CONCLUSIONES.

Con carácter previo a este apartado final de conclusiones a este estudio sobre el artículo 3 LDC es ineludible la referencia a la doctrina “Planes Claros”, que emana de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006.

El origen de este pronunciamiento es la denuncia presentada por la compañía Retevisión el día 2 de abril de 1998 contra la compañía Telefónica, por una presunta vulneración de la LDC consistente en un abuso de posición dominante, prohibido por el entonces art. 6 LDC 1989. El TDC dictó Resolución⁵³ de 8 de marzo de 2000, imponiendo al operador de telefonía la sanción hasta entonces más alta en la historia del Derecho antitrust en España: 1.400 millones de pesetas (8.414.169,4 €).

En dicha Resolución, el TDC declaró acreditada la existencia de una infracción del art. 6 LDC 1989 por parte de Telefónica, al haber desarrollado unos planes de descuento comercializados bajo el título de “Planes Claros”, cuya finalidad era obstaculizar la entrada en el mercado de un nuevo operador –Retevisión-. Al mismo tiempo, se declaró una infracción del art. 7 LDC 1989, por la campaña de publicidad engañosa y desleal, que –en opinión del TDC- había falseado deliberadamente la competencia en el mercado, con afectación del interés público.

No procede aquí un análisis exhaustivo de esta Resolución del TDC; nos remitimos para ello a otros trabajos ya publicados (GUILLÉN CARAMÉS, 2007).

⁵¹ Vid., entre otras, RCNC *LIDL Supermercados*, de 3 de marzo de 2008, Expte. S/0049/08; RCNC *World Premium Rates – Opera*, de 9 de febrero de 2009, Expte. S/101/08; RCNC *TuBillete*, de 11 de marzo de 2008, Expte. S/0041/08; RCNC *Direct Recursos*, de 16 de abril de 2009, Expte. S/0123/08.

⁵² Vid., por todas, Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 8 de marzo de 2003 (Rec. 7512/1995), en el recurso interpuesto por «Koipe, SA» y «Salgado, SA», contra la Sentencia de 19 de mayo de 1995 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 1941/1992, en relación a la Resolución del TDC de 17 de julio de 1992, que declaró la existencia de una conducta prohibida de falseamiento de la libre competencia por medio de actos de competencia desleal y acuerdos prohibidos.

⁵³ Resolución de 8 de marzo de 2000, *Telefónica – Retevisión*, Expte. 456/99.

Tampoco es oportuno, por razones de espacio, un examen detallado de la evolución de la doctrina⁵⁴ del TDC acerca de la vulneración conjunta de los arts. 6 y 7 LDC 1989, y la construcción que le lleva a entender la relación entre las conductas de abuso de posición de dominio y el falseamiento de la competencia por actos desleales.

Siguiendo la postura de la “deslealtad cualificada”⁵⁵, a la que ya se ha hecho referencia, el TDC llega a la conclusión de que la campaña “Planes Claros”, por su intención anticompetitiva y su contenido desleal constituyó un abuso de posición dominante. Es llamativo que, en el contexto de una extensa Resolución, y ante la imposición de una multa record, el TDC no lleva a cabo un examen detenido de si concurren los requisitos que conformaban el tipo del art. 7 LDC 1989, sino que califica la campaña publicitaria como desleal, constata la posición dominante de Telefónica, y concluye que desde dicha posición la referida conducta es abusiva.

Naturalmente, esta Resolución fue recurrida en sede contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, quien en Sentencia de 22 de septiembre de 2001 declaró no ser ajustada a Derecho la Resolución en cuanto a la graduación de la sanción impuesta, rebajando la cuantía de la misma a 901.518,16 €

Este pronunciamiento fue igualmente recurrido ante el Tribunal Supremo, quien en Sentencia de 20 de junio de 2006 anuló en todos sus términos la Resolución del TDC. Son muchas las implicaciones de este importante pronunciamiento, y como tal ha sido puesto de manifiesto por la doctrina que lo ha estudiado (GARCÍA-VILLARRUBIA, 2006). A los efectos que nos interesan aquí, la posible deslealtad de la campaña de publicidad “Planes Claros” y la delimitación material del art. 7 LDC 1989, señala el TS (en su Fundamento Jurídico 10º):

“la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con un perjuicio para el interés público. Previsión que se aplica a todo tipo de operadores económicos, gocen o no de una posición de dominio en el mercado. No cabe, pues, ni reducir en exceso el ámbito de aplicación del art. 7 de la Ley 16/1989, englobando en él sólo conductas que precisarían la previa posición dominante de quien las comete, ni extenderlo con el mismo exceso, considerando que, preexistente la posición de dominio, cualquier acto desleal de quien la ostenta constituye por sí mismo una explotación abusiva de aquélla, sancionable a título del art. 6 de la Ley 16/1989”.

Nos ha parecido oportuno transcribir esta larga cita, porque marca un precedente (que no tardó apenas un año en consolidarse como jurisprudencia⁵⁶) esencial para la correcta comprensión del art. 3 LDC: una conducta desleal

⁵⁴ Vid., entre otras, Resolución de 18 de julio de 1997, *Airtel – Telefónica*, Expte. MC 10/96; Resolución de 4 de febrero de 1997, *Servicom – Telefónica*, Expte. MC 18/96; Resolución de 26 de febrero de 1999, *Airtel – Telefónica*, Expte. 413/97; y Resolución de 5 de mayo de 1999, *Eléctrica Curós*, Expte. 431/98.

⁵⁵ Vid., por todas, Resolución de 31 de mayo de 1995, Expte. R 114/1995, *Enoquisa*.

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de 31 de enero de 2007, Rec. 162/2004, anulando la Resolución del TDC, de 1 de abril de 2004, *Telefónica – Astel*, Expte. 557/03, en la que la AN se limita a transcribir literalmente párrafos de la STS “Planes Claros” y los aplica al asunto de autos.

realizada por un operador con posición de dominio no constituye automáticamente un abuso de posición dominante.

Así mismo, es preciso señalar que el TS no entra al examen de si la conducta de Telefónica era desleal o no, apuntando que será la jurisdicción civil la que tendrá que resolver, dentro del ámbito mercantil de las relaciones entre las dos empresas enfrentadas, la valoración de su actuación a efectos de la Ley de Competencia Desleal. Y, por supuesto, en opinión del TS, la conducta en cuestión ni distorsionaba gravemente las condiciones de competencia en el mercado ni planteaba, por tanto, ningún tipo de afectación al interés público.

Como puede apreciarse, esta doctrina pone en cuestión gran parte de los principios inspiradores –y la aplicación práctica- del art. 3 LDC, y limitan seriamente las posibilidades de acreditar una conducta antitrust de falseamiento de la competencia por actos desleales: ¿quién analiza entonces el requisito de existencia de un acto desleal, el órgano administrativo o la jurisdicción civil?; ¿la revisión judicial puede revocar el análisis de la vertiente material del Derecho de la competencia efectuado por la autoridad antitrust?; ¿cómo se acredita la existencia de un falseamiento de la competencia?; ¿qué tipo de “cualificación” se va a exigir a este falseamiento?; ¿cuándo se entiende comprometido el interés público?

Estas y otras muchas cuestiones nos llevan a concluir, necesariamente, que la vigencia de este peculiar ilícito del “falseamiento de la competencia por actos desleales” en nuestro ordenamiento antitrust es, cuando menos, cuestionable. Si cabía argumentar una serie de razones a favor de su pervivencia en el período de vigencia de la Ley 16/1989, dicha postura se debilita enormemente con la existencia, a partir del Reglamento 1/2003 en Europa y la Ley 15/2007 en España, de ese movimiento “privatizador” del Derecho de la competencia, y la atribución –a partir del art. 86 ter de la LOPJ, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio- a los Juzgados de lo Mercantil de la aplicación de la normativa antitrust.

Por tanto, y en la línea de lo manifestado hace tiempo por la mejor doctrina (ROBLES MARTÍN-LABORDA, 2001: 321), y más recientemente por otros autores (MONTAÑA MORA, 2008) dado que con este cambio de orientación que está experimentando el Derecho antitrust en nuestro país, lo dispuesto en el artículo 3 de la LDC bajo la rúbrica “falseamiento de la competencia por actos desleales” es una redundancia de lo establecido en los artículos 1 y 2, y por tanto, si tenemos en cuenta la inaplicabilidad de este precepto –y sus predecesores más inmediatos- a lo largo de su vigencia, unido al elemento de confusión y desdibujamiento de las fronteras entre los intereses privados y los públicos, así como la mezcla entre la tutela jurisdiccional y la propia del orden administrativo; si queremos que realmente nuestra normativa interna esté alineada con la normativa comunitaria, cambiamos la postura anteriormente mantenida, para opinar ahora que la mejor opción legislativa es la derogación del artículo 3 LDC.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Competencia desleal por infracción de normas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981.
- ALONSO SOTO, R., Cap. 14: «Derecho de la Competencia (II). Defensa de la Libre Competencia», en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (coords.) *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- «Competencia desleal y defensa de la competencia en España», *Información Comercial Española*, núm. 750, febrero 1996.
- «El interés público en la Defensa de la Competencia», en *La Modernización del Derecho de Competencia*, Ed. Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005.
- 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.
- COSTAS COMESAÑA, J., «El concepto de Acto de Competencia Desleal (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Abril de 1998, en el caso Monopolio de las palomitas en los cines)», *Actas de Derecho Industrial*, Tomo XIX, 1998.
- DÍEZ ESTELLA, F., «Las complicadas relaciones entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 213, Mayo-Junio 2001.
- «¿Requiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?», *Diario La Ley*, AÑO XXVI. Número 6373. Lunes, 5 de diciembre de 2005, págs. 1 y ss.
- ECHEVARRÍA SÁENZ, J., Voz «Competencia Desleal», en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Dir. VELASCO SAN PEDRO, L.A., Iustel, Madrid 2006, págs. 219 y ss.
- FIKENTSCHER, W., «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 172-173, 1984, págs. 459 y ss.
- FOLGUERA CRESPO, J., «Las relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal. Falseamiento de la competencia por actos desleales», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 19, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- 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*, julio-septiembre 2006, págs. 1117 y ss.

GUILLÉN CARAMÉS, J., “La conflictiva configuración de las campañas de publicidad desarrolladas por operadores con posición de dominio como conductas constitutivas de abuso”, *Revista de Competencia, consumo y distribución*, nº 1, 2007, págs. 213 y ss.

MARCOS FERNÁNDEZ, F., «La exigencia de sensibilidad del falseamiento de la competencia en la LDC. Notas a propósito de la problemática puesta de manifiesto por la STS de 20 de enero de 2008», *Diario La Ley*, nº 7328, 26 de enero de 2010.

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 (2ª Ed.), Madrid 2010, págs. 213 y ss.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La Competencia Desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ed. Civitas, Madrid 1988.

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, págs. 193 y ss.

— «El discutido Art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia», en *La modernización del Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid 2005, págs. 285 y ss.

PAZ-ARES, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981.

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.

TRONCOSO REIGADA, M., «El marco normativo de los ilícitos desleales de trascendencia antitrust (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)», *Estudios Jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

ULRICH, H., «Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum?», *Working Paper LAW* n.º 2005/01, Instituto Europeo de Florencia, 2005.