

**AÑO XXVI. Número 6373. Lunes, 5 de diciembre de 2005**

## **¿RÉQUIEM POR EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA?**

**Por FERNANDO DÍEZ ESTELLA**

*Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija*

**En el contexto del actual proceso de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, reflejado en las propuestas contenidas en el Libro Blanco, el presente artículo aborda la conveniencia del mantenimiento del vigente artículo 7 de la Ley 16/1989, relativo al falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Para ello se lleva a cabo un detallado análisis de las diferentes posturas doctrinales a favor y en contra, así como de las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia recaídas en este ámbito.**

### **o I. INTRODUCCIÓN**

La entrada en vigor --hace poco más de un año-- el 1 de mayo de 2004 del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE (1), ha supuesto la culminación legislativa de un proceso de reforma sin precedentes en el ámbito del Derecho comunitario de Defensa de la Competencia.

El legislador español, aprovechando tan favorable y propicia coyuntura para cambios y revisiones normativas en este ámbito no ha perdido la oportunidad de plantear un proceso semejante en nuestro ordenamiento interno, proceso que se puso en marcha el 20 de enero de 2005, con la presentación del *Libro Blanco para la Reforma del Derecho español de Defensa de la Competencia*.

Los aspectos que este importante documento aborda son múltiples y complejos, y excedería el ámbito de este trabajo siquiera una rápida mención de todos ellos. Lo cierto es que uno de los principios inspiradores de toda la reforma es la consecución de una mayor «convergencia» entre el ordenamiento español y el comunitario de Defensa de la Competencia. En este sentido, junto a otras cuestiones, un elemento claramente diferenciador y acaso perturbador que obstaculiza dicho alineamiento es sin duda ninguna nuestro singular art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En efecto, como veremos a lo largo de estas páginas, este precepto de nuestra normativa antitrust, sin paralelo en el ordenamiento comunitario y con pocas instituciones que puedan comparársele en los ordenamientos de nuestro entorno, prevé un peculiar mecanismo de articulación de la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal, al establecer una suerte de tipo antitrust --distinto de los clásicos de abuso de posición dominante y acuerdo colusorio-- consistente en el falseamiento de la competencia por actos desleales.

Sin que sea todavía conocido el texto de proyecto de Ley de Defensa de la Competencia (LDC) que finalmente se tramitará ante las Cortes, lo cierto es que el *Libro Blanco*, inspirador último de dicho proyecto, aboga claramente por la supresión del art. 7 de nuestra vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. También lo hacen algunas de las propuestas doctrinales recientes (ROBLES, 2001; MONTAÑA, 2004), así como gran parte de los comentarios al Libro Blanco enviados al Servicio de Defensa de la Competencia por despachos de abogados y profesionales (2), que serán analizados en detalle en el apartado de conclusiones.

Las razones aducidas son, básicamente, su supuesta inaplicabilidad, el margen de inseguridad jurídica y marco de incertidumbre concurrencial que produce en las empresas, así como su posición «fuera de lugar» con el cambio del llamado «modelo corporativo» al «modelo social» en la normativa de competencia desleal instaurado con la promulgación de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

No todas las voces son contrarias a esta supresión: las hay también favorables a que se mantenga dicho precepto tal y como está ahora, provenientes de los mayores expertos y conocedores de esta disciplina en nuestro país (ALONSO SOTO, 1996), o bien a su pervivencia con algunos cambios en su redacción o, por lo menos, en las claves de su interpretación (FONT GALÁN y MIRANDA SERRANO, 2005). En este artículo se defenderá el mantenimiento de este precepto que, como trataremos de demostrar, tiene un amplio campo de aplicación y es capaz de resolver más problemas de los que --en ocasiones-- puede ocasionar.

La estructura que se seguirá, a tal efecto, será la siguiente: tras este primer epígrafe, introductorio, se llevará a cabo en el epígrafe II una somera delimitación entre el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de competencia desleal. Este ejercicio dialéctico no tiene, como pueda pensarse a primera vista, una función meramente académica, sino que la comprensión --siquiera aproximada, ya que el análisis en profundidad de esta cuestión nos llevaría mucho más lejos-- de las relaciones entre ambos cuerpos legales es esencial para una adecuada valoración del art. 7 LDC, que opera, ya lo hemos dicho, a modo de puente entre ambas.

A continuación, en el epígrafe III se analizarán, a partir principalmente de los pronunciamientos del TDC recaídos en esta materia, los tres requisitos que dicho precepto establece como condiciones para que un acto de competencia desleal integre el tipo antitrust de «falseamiento de la competencia por actos desleales». Es oportuno adelantar ya que el primero --la existencia de un ilícito de deslealtad-- puede parecer obvio, y los otros dos --la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado y la afectación del interés público-- redundantes. Sin embargo, como se deducirá de la abundante jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia que se va a examinar a este respecto, así como del análisis de pronunciamientos de diversos órganos judiciales, la cuestión no es tan sencilla.

Una vez sentadas las bases legales y jurisprudenciales que conforman el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, se examina, en el epígrafe IV, la cuestión del doble reproche --antitrust y desleal-- que parece deducirse de este precepto. Al igual que con el tema de los requisitos normativos de su aplicación, este debate no está ni mucho menos resuelto, y habremos de referirnos y examinar en detalle las dos principales interpretaciones planteadas: la monista y la procesalista. Finalmente, en el epígrafe V se señalan algunas conclusiones.

## **o II. DELIMITACIÓN ENTRE EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y EL DERECHO DE COMPETENCIA DESLEAL**

Como es bien conocido, uno de los principios básicos que inspiran los sistemas de economía de mercado es el de la libertad de empresa o libertad de iniciativa económica, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 38 de la Constitución Española, que establece: *«Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación»*.

A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que dicho principio no aparece consagrado en términos absolutos, sino que el derecho individual a la libre iniciativa económica cede frente a diversas limitaciones que derivan de la protección de otros intereses, socialmente considerados también dignos de protección. En segundo lugar, los poderes públicos están obligados a mantener el sistema concurrencial, es decir, la competencia económica en el mercado. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, en sentencia de 1 de julio de 1986: *«Una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste (FJ 4)»* (3).

Este derecho de la competencia, que ha hecho así su aparición, se ha desarrollado 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. Llegados a este punto, hay que preguntarse: ¿por qué esta doble perspectiva?

Tradicionalmente, 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).

Estas diferencias, a su vez, justificaban un *diverso procedimiento*, administrativo en el caso de las prácticas restrictivas de la libre competencia, y de naturaleza civil en el caso de los actos de competencia desleal, así como *distintas sanciones*; nulidad, intimación al cese de las prácticas y multa en el caso de las prácticas restrictivas de la libre competencia, y cesación, remoción de efectos e indemnización de daños y perjuicios en el caso de actos de competencia desleal.

A este esquema conceptual que acabamos de definir brevemente obedece la promulgación, en 1909, de la Ley de Competencia Desleal alemana (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), caracterizada por un marcado carácter jurídico privado, que prima la tutela individual sobre la general y la pretensión de lo que los autores (PAZ ARES, 1981) han venido en denominar «neutralidad político-económica»: la protección de los intereses mercantiles de los empresarios es ajena a cuestiones de orden público económico.

Sin embargo, esta construcción individualista de la competencia desleal quiebra a partir de los años 30, al entenderse que el Derecho de la Competencia tiene también una función social, y que persigue por tanto también intereses generales. Se llega así a un entendimiento de la unidad sistemática de todo el Derecho de la Competencia, que se plasma en la promulgación en 1957 de la correspondiente Ley de Defensa de la Competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). Este acercamiento conceptual entre ambas normativas se construye sobre la idea de que las dos tienen, en su base, un elemento común: el objetivo de asegurar el buen funcionamiento del mercado.

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).

Se puede hablar (COSTAS COMESAÑA, 1998), 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 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 (4) 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 ordoliberal 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. Más recientemente otros autores (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2003) se hacen eco de esta cuestión mencionando --escuetamente-- la pluralidad de funciones político-económicas y político-jurídicas de la competencia en el Mercado Único europeo.

El peso específico que deba darse a cada una de las concepciones antes reseñadas ha dado lugar a una ingente discusión doctrinal que hunde sus raíces en «una discusión más profunda sobre cuáles deban ser los fines del Derecho antitrust, el conocido debate entre la Escuela de Chicago, que considera como único fin la asignación eficiente de recursos, y la Escuela de Harvard, que considera también otros fines, el primero de ellos la protección de los pequeños negocios» (5). Para nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, «la existencia de verdadera competencia es la garantía clave para el correcto ejercicio de la libertad de empresa y para lograr una asignación eficiente de los recursos» (6).

Asimismo, y como ha puesto de relieve la más reciente y 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 frase «*protecting competition v. protecting competitors*» (7).

Parece claro que esta dicotomía puede resolverse --y ésta es precisamente una de las mejores funciones que el art. 7 LDC puede llevar a cabo-- postulando que la represión de las prácticas desleales no tiene sólo una finalidad *inter partes*, iusprivatista, sino que sirve también a un interés general, de Derecho público, cual es el buen funcionamiento del mercado, el mantenimiento de un orden concurrencial saneado.

Está claro que la intervención de las autoridades antitrust en el ámbito de las relaciones comerciales privadas puede parecer «intervencionista», pero la *competencia* está hecha de y por los *competidores*, y en ese sentido un cierto nivel de protección de los mismos, de su libertad de actuación competitiva en el mercado sería algo complementario --más que opuesto-- a la protección de la competencia.

¿Cuál es entonces la relación (8) entre ambos cuerpos normativos existentes en nuestro ordenamiento, la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y la Ley 3/1991, de Competencia Desleal? Acudiendo a un concepto de la teoría general del Derecho, la doctrina (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, 1998) es unánime al afirmar que la LDC es *lex specialis* respecto a la LCD.

Ambas protegen y tutelan lo mismo: el orden concurrencial saneado; las conductas o prácticas que atenten contra este orden concurrencial habitualmente encajarán en alguno de los tipos especiales de los arts. 6 a 17 LCD, o serán perseguibles en virtud de la cláusula general del art. 5. Sólo cuando, por la relevancia del comportamiento, éste produzca una afectación sensible de la competencia, y por tanto sea una cuestión que afecte al interés público, entrará en juego la LDC.

Por tanto, la afectación del interés público es la característica de la acción que activa los resortes del juicio antitrust (9): si es un acuerdo entre empresas, porque ese cártel tenga capacidad de falseamiento de la competencia; si es una conducta unilateral, porque su carácter abusivo viene determinado por el requisito previo de hallarse en posición de dominio. En cambio, esta circunstancia de afectación del interés público, para el orden civil es irrelevante, como ha tenido oportunidad de manifestar reiteradamente la jurisprudencia; así, la Audiencia Provincial de Asturias, en sentencia de 12 de marzo de 1998, hablando de la dimensión no vinculante de las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia para los Juzgados y Tribunales Civiles, afirma en su FJ 4: «(...) que esa conducta afecte al interés público y que la afectación sea importante, circunstancias estas dos últimas innecesarias en el campo civil, que es aquel en el que se dicta la presente sentencia».

### o III. EL ARTÍCULO 7 LDC: FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES

Desde los ya enunciados postulados de la Teoría unitaria del Derecho de la Competencia se entiende fácilmente la necesidad de articular algún tipo de mecanismo que, mientras subsistan como dos cuerpos legislativos separados la normativa sobre Defensa de la Competencia y la de Competencia Desleal, permita tender un «puente» entre ambas, una «conexión operativa» (TRONCOSO REIGADA, 1997).

El motivo básico es que, en todo el cambio de planteamiento sobre los fines y presupuestos de la institución de la Competencia Desleal, y el consiguiente paso del «modelo profesional» o «corporativo» en la tutela de la misma a un «modelo social», faltaba un aspecto esencial. Con las características propias de la Justicia Civil en la que la LCD está inserta (sobre todo, el principio de justicia rogada), y desde la consideración fundamental de que uno de los intereses que esta Ley protege es el interés público de que haya un orden concurrencial saneado, ¿quién está legitimado para accionar en defensa de ese interés? Es decir, cuando un comportamiento desleal y sujeto por tanto a esta normativa, además de ser desleal afecta al interés público por falsear de modo sensible la competencia, ¿cómo es perseguible esa conducta por quien está capacitado para ello, y quién tiene el deber de velar por el mercado, es decir, por los órganos antitrust?

De las tres posibilidades que se barajaron en la redacción de la LDC para solventar esta cuestión se desechó el que los órganos antitrust pudieran participar en los procesos de Competencia Desleal, y se desechó también la posibilidad de dotar a la Administración del Estado de legitimación activa en estos procesos, optando por dotar a los órganos antitrust de competencias en la materia.

Evidentemente, no toda la doctrina es tan ferviente defensora de esta pretendida *unidad* del ordenamiento de Competencia, y se ha criticado (FONT GALÁN y MIRANDA SERRANO, 2005) que este precepto, el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, es un ilícito *mixto* o *bifronte* que por su doble contenido desleal y antitrust desemboca en una deformación tipológica de las estructuras morfológicas de los ilícitos concurrenciales clásicos.

Se podría decir, por tanto, en una primera aproximación, que se configura un nuevo tipo de ilícito antitrust (TRONCOSO REIGADA, 1997), que vendría a añadirse a los ya existentes de acuerdos colusorios y abuso de posición dominante, y es aquel ilícito antitrust consistente en falsear la competencia a través de un acto desleal. Sin embargo, matizando aún más la cuestión se puede decir que esta norma lo es únicamente de remisión o atribución de competencias al Tribunal de Defensa de la Competencia, el cual en alguna resolución ha llegado a calificar este artículo de «precepto en blanco» (10), y cuya mención genérica a los actos de competencia desleal ha de ser completada mediante la remisión a la LCD.

Las condiciones para la aplicabilidad del art. 7 LDC se han visto --en cuanto a la redacción-- ligeramente reformadas por la reforma de la LDC operada por Ley 52/1999 (11), que lo único que hace respecto a este artículo es sustituir la expresión «falsear *de manera sensible* la libre competencia» por «distorsionar *gravemente* las condiciones de competencia en el mercado». Así mismo, lo que antes se decía en un párrafo, ahora se dice en dos: el art. 1 a) «*Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado*», y el art. 1 b) «*Que esa grave distorsión afecte al interés público*». Finalmente, se añade un 2.º apartado al precepto, el art. 7.2: «*Cuando, a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia, no concurren dichas circunstancias, procederá el archivo de las actuaciones*».

Por tanto, una vez reconocida la vulneración de alguno de los preceptos de la LCD, el tribunal tiene que pronunciarse acerca de las circunstancias concurrentes con los actos desleales para ver si éstos distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado afectando al interés público. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha emitido en estos años multitud de pronunciamientos en los que ha ido delimitando el contenido preciso de las condiciones de aplicabilidad (12) del art. 7 LDC; desde las tempranas Resoluciones *Suministros para Ventilación y Calefacción por Aire, S.A., c. Todo en Aire, S.A.* (13) o *N.C.A. Electromedicina, S.A., c. General Electric, C.G.R. España, S.A.* (14), hasta otras más recientes, encontramos en la jurisprudencia de nuestra autoridad antitrust la explicación más clara del alcance de las mismas.

#### 1. Existencia de un ilícito de deslealtad

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. 7 LDC un pronunciamiento judicial previo calificando la conducta de desleal. Como se ha señalado acertadamente (FOLGUERA CRESPO, 1999), la autonomía decisoria del TDC 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 LCD.

Ante la pregunta sobre el valor, en este sentido, de las declaraciones jurisdiccionales de acción desleal, se plantean básicamente tres supuestos: la no existencia de dicha declaración, la decisión judicial declarando acreditada la práctica desleal, y la declaración judicial declarando no acreditada la práctica desleal.

Respecto al primer supuesto, la no existencia de declaración judicial previa pronunciándose sobre la deslealtad de la conducta examinada, ya en la temprana Resolución *Aceite de Oliva* (15), aclara el Tribunal que «Si el legislador hubiere querido que previamente a la intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia hubiere una declaración jurisdiccional de la acción desleal lo hubiera tenido que expresar así y no hubiera empleado la rotunda expresión "conocerá" en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas. Pero es que, además, al actuar en protección de la libre competencia, este Tribunal no está en modo alguno conociendo de ninguna de las acciones que enumera el art. 18 de la LCD, ni va a sancionar los mismos actos de competencia desleal, sino que los va a tomar como configuradores de una peculiar forma de actuación contra la libre competencia: el falseamiento sensible de la misma por actos de competencia desleal. La represión y sanción a que hubiere lugar recaerán sobre el efecto de falseamiento de libre competencia, pero no sobre los actos mismos de competencia desleal».

Merecía la pena la transcripción íntegra del párrafo, pese a su extensión, por la claridad de estas palabras y por la «firmeza» de esta doctrina, confirmada tanto por la Audiencia Nacional (16) como por el Tribunal Supremo (17), en sendos pronunciamientos sobre los correspondientes recursos contencioso-administrativos.

El segundo supuesto, la existencia de una decisión judicial previa declarando la existencia de un ilícito desleal tampoco plantea problemática alguna. Así, cuando la empresa Abonomar, S.L., denunció a la entidad Fertiárbol, S.L., por comercializar esta última unas pastillas fertilizantes de utilización agrícola y selvícola sobre las que la denunciante afirmaba tener derecho exclusivo en virtud de una patente, el TDC en su Resolución *Fertiárbol, S.L.* (18) se acogió al «precedente» existente y entendió que: «Se estima plenamente acreditado en el expediente que las pastillas fertilizantes empleadas por la denunciante en el momento de los hechos denunciados, esto es, las que se encuentran amparadas por la patente número 489.463, eran fabricadas y comercializadas ilegítimamente por aquélla, que carecía de la necesaria licencia del titular de la patente. Así se afirma categóricamente por el Órgano judicial competente (el Juez de Primera Instancia núm. 1 de la Coruña) en la sentencia firme de 16 de octubre de 1997».

El supuesto que sí plantea más dificultades es aquel en el que existe una Sentencia firme declarando la no existencia de ilícito desleal, y se hace necesario analizar qué actitud --respecto a ese pronunciamiento previo-- adopta el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Una primera posibilidad sería archivar directamente el expediente por no concurrir el primer elemento del tipo del art. 7 LDC, pues como acabamos de explicar y el propio TDC ha reiterado en multitud de pronunciamientos, «la violación de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, es requisito necesario para que tenga lugar la conducta desleal en los términos del art. 7 LDC» (Resolución *RENFE* 1) (19).

Sin embargo, cuando la Asociación Provincial de Empresas de Ambulancias de Gerona demandó a Cruz Roja Española de Gerona por prácticas desleales consistentes en la infracción de normas en materia de legislación de transporte, en materia sanitaria y de normativa laboral a parte de sus propios Estatutos, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Gerona, en sentencia de 26 de marzo de 1996, declaró no acreditada la existencia de conductas desleales. En sede de apelación, la Audiencia Provincial de Gerona, en sentencia de 15 de abril de 1997, desestimó el recurso planteado contra este pronunciamiento por entender acertada y conforme a derecho la Sentencia inicial. Sin embargo, cuando el asunto se planteó ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, éste afirmó (aunque resolviendo en igual sentido que la instancia civil) en la Resolución *Ambulancias de Cataluña* (20) que «aunque los hechos sean los mismos, no puede ser considerada cosa juzgada el asunto que se ventila en el presente expediente, aunque ya se haya pronunciado al respecto la jurisdicción civil incluso, como ocurre ahora, mediante Sentencia que es firme».

La cuestión de si cabe que el TDC resuelva en un asunto de competencia desleal, cuando sobre los mismos hechos hay ya una Sentencia firme de la jurisdicción ordinaria que declara no acreditadas las supuestas conductas desleales, la ha resuelto el propio Tribunal en reiteradas Resoluciones (21), y la encontramos resumida en el Fundamento de Derecho Primero de la citada *Ambulancias de Cataluña* (22):

1) La apreciación de si se ha infringido o no la LDC corresponde al órgano específico que la propia LDC prevé, que es el Tribunal de Defensa de la Competencia.

2) La LDC sólo condiciona la actuación del TDC cuando los hechos son objeto de un procedimiento comunitario --art. 25-- o de un proceso penal --art. 55--.

3) Una sentencia dictada en un proceso civil, inspirado esencialmente en el principio dispositivo --en cuanto dirigido a la satisfacción de pretensiones privadas-- y en el que no ha tenido ninguna intervención el Tribunal de Defensa de la Competencia, no debe impedirle el ejercicio de la competencia que tiene atribuida por la Ley 16/1989 y que es irrenunciable (art. 12.1 Ley 30/1992).

Frente a las voces agoreras que proclaman a los cuatro vientos la supuesta «fragilidad» de esta construcción jurídica y para quienes todavía cuestionan la legitimidad del TDC para resolver sobre estos asuntos, de nuevo encontramos que la Resolución de instancia ha sido confirmada por la Audiencia Nacional en fechas recientes (23).

Hay que decir también que recientes --y muy autorizadas-- propuestas niegan esta interpretación: «consideramos que la constatación de la comisión de un acto de competencia desleal no es un requisito o presupuesto de aplicabilidad del art. 7 LDC ni, en consecuencia, un elemento constitutivo del ilícito antitrust que la norma tipifica» (24).

Como iremos viendo a lo largo de este trabajo, los únicos tipos desleales que han dado lugar a ilícitos antitrust del art. 7 LDC han sido, en el ámbito de campañas publicitarias de diversa índole, el art. 7 (engaño) y el art. 9 (denigración). En el resto de ámbitos, aparte de alguna ocasión aislada en la que la denuncia se basa en la infracción de la cláusula general del art. 5 LDC (comportamientos objetivamente contrarios a la buena fe), sólo encontramos resoluciones en las que el tipo desleal es el del art. 15 (infracción de normas). En las escasas ocasiones en que se ha pretendido llevar ante el TDC otras conductas, las denuncias siempre se han desestimado (25).

## 2. Distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado

Este requisito, que como ha quedado dicho sustituye --en cuanto a su redacción-- al anteriormente expresado como «falsar de forma sensible la competencia», adolece en su aplicación por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia de una línea clara que permita 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.* (26) (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».

Como se ha señalado acertadamente (FOLGUERA CRESPO, 1999), el elemento determinante reside en la dimensión de los efectos de la conducta en relación con el mercado relevante. En este sentido, el TDC ha considerado que existe una afectación sensible de la competencia tanto en mercados de ámbito geográfico nacional [como p. ej. en la Resolución *Aceite de Oliva* (27)], de ámbito geográfico provincial [Resolución *Colegio San Alberto Magno* (28)], 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* (29)].

Sin embargo, y contrariamente a lo que se acaba de señalar, no han faltado ocasiones el TDC ha llevado a cabo un juicio sobre la deslealtad de la conducta y lo ha hecho --siguiendo una más que cuestionable apreciación formalista de la conducta totalmente desterrada en la moderna aplicación del análisis económico en las apreciaciones antitrust-- además sin tomar en consideración los efectos de la misma. Así, en la Resolución *Telefónica/Retevisión* (30), se lleva a cabo en el Fundamento Jurídico 12 un examen exhaustivo de los elementos (tamaño, presentación, redacción, presentación audiovisual, etc.) de los anuncios de la campaña de «Los Planes Claros» de Telefónica, concluyendo que «es obvio que Telefónica no lanzó la campaña "Los Planes Claros" para explotar a los usuarios ni con la intención de producirles frustración, sino que lo hizo, a pesar de ser consciente de que podía producir esta frustración, con tal de entorpecer la campaña de su competidor. El Tribunal considera esta conducta desleal, como objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe (artículo 5 LCD)»; sin embargo, en el Fundamento Jurídico 18, y a los efectos de fijar la cuantía de la sanción prevista por el art. 10.2 LDC, afirma: «Los efectos de la campaña sobre los competidores y sobre los usuarios no han podido ser cuantificados. (...)

por lo que estos posibles efectos no se consideran para fijar la sanción». No sorprende por ello que la Audiencia Nacional, en sentencia de 22 de septiembre de 2003, haya estimado parcialmente el recurso interpuesto por Telefónica de España, en el sentido de que, aun confirmando la existencia de la práctica abusiva, ha rebajado sensiblemente la cuantía de la multa en atención a esta falta de cuantificación de los efectos de la misma: «la falta de acreditación de intensos daños reales y una real y grave distorsión de la libre competencia».

Por ello difícilmente se entiende, como pretende la Resolución *Veterinarios Ambulantes* (31), 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* (32), 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 hace el Tribunal la siguiente aclaración, y recoge una vez más un término que ya es jurisprudencia consolidada en la aplicación del art. 7 LDC, el de la «deslealtad cualificada»: «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 ésta. Las resoluciones de este tipo abundan en el repertorio del Tribunal de Defensa de la Competencia, pero al margen de abundar en esta idea ya expresada no aclaran nada más sobre el alcance material del concepto «distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado». Así, en la Resolución *Codorniu/Freixenet* (33), 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».

Recientemente, la defectuosa redacción de la Resolución *Freixenet* (34) ha venido a añadir un poco más de confusión a este punto, al afirmar --analizando si disponer para su venta como «cava» una cantidad de botellas de vino espumoso con un periodo de fermentación inferior a los nueve meses que para poder usar tal nombre 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 multa (35).

Donde sí podemos 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-- hacen, 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* (36), se lleva a cabo un exhaustivo repaso de la línea jurisprudencial seguida en este ámbito por el TDC [vid., entre otras, las Resoluciones *Expertos Inmobiliarios 1* (37) y *Expertos Inmobiliarios 2* (38)], 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 ha sido confirmada por la Audiencia Nacional (39), aunque --como veremos seguidamente-- en fechas muy recientes un pronunciamiento del Tribunal Supremo ha casado la Sentencia de la AN y anulado por tanto la Resolución del TDC.



En este mismo sector, en la Resolución *Asociación Expertos Técnicos Inmobiliarios / Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria* (40), el cumplimiento de los requisitos del art. 7 LDC de afectación del interés público y distorsión grave de la competencia se deduce 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* (41), la «deslealtad cualificada» se deduce 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-- va 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* (42), 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.

El punto y final a esta interesante «saga» de pronunciamientos en un sector tan determinado y específico lo ha puesto la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>), de 9 de marzo de 2005, que anula la citada 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 efecto, declara el Tribunal Supremo que no puede considerarse que dichas conductas fueran susceptibles de alterar de manera significativa el funcionamiento competitivo de este sector de actividad profesional, ya que en el momento en que se produjeron los hechos no podían tener carácter anticompetitivo, pues los Colegios estaban ejerciendo una función propia de ellos cual es la de velar contra el intrusismo profesional.

Este tipo de conducta «colegial» es congruente con la tutela --atribuida legalmente a dichos cuerpos profesionales-- de los intereses públicos vinculados a la efectividad del principio de seguridad jurídica en las adquisiciones inmobiliarias en beneficio de los consumidores, en la creencia de que estaban amparados por el ordenamiento jurídico.

Concluye el Tribunal Supremo que la Resolución del TDC, que imputa a los Colegios afectados la realización de actos desleales, se revela desproporcionada para preservar el interés público prevalente vinculado a garantizar la libre competencia, al no tomar en consideración las circunstancias particulares que concurren, desde la apariencia de legalidad de la actuación colegial en relación con las características del mercado de gestión inmobiliaria y en el momento en que tales conductas se cometieron.

### **3. Afectación del interés público**

Este tercer requisito, 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, hasta fechas recientes, se ha prodigado bastante en decir qué no es interés público, y poco en dar una delimitación positiva del concepto. Así, por ejemplo, en la Resolución *Videoclub* (43), 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* (44), 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* (45), 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 desleal en la conducta de los municipios denunciados, aunque la denunciada tiene expedida 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* (46), en la que el representante de una empresa de servicios industriales denunció a Talleres Landaluce, S.A., por supuestas prácticas abusivas y desleales. El Tribunal desestimó la denuncia por entender que: «En este supuesto nos encontramos simplemente ante un acuerdo firmado por dos empresas que por sí solas no pueden acceder a un mercado cuyas características están cambiando, y para poder estar presentes en dicho mercado suscriben un acuerdo de colaboración. Posteriormente surgen conflictos derivados del pretendido incumplimiento por una de las partes y para dilucidarlos se presenta la correspondiente denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia con carácter previo a promover un proceso declarativo de menor cuantía ante la Jurisdicción civil. 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».

Igualmente, en la ya citada *Agentes de la Propiedad Murcia* (47), encontramos una de las pocas ocasiones en las que el TDC deslinda 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 --descrita en el apartado anterior-- recae sobre un bien económico de gran trascendencia social, como es la vivienda, con un volumen económico de más de 5.000.000.000 ptas. anuales. Así mismo, en la Resolución *Administradores de Fincas* (48), 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).

Existe un tipo de Resoluciones de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia en el que la «deslealtad cualificada» hace su aparición frecuente, y se trata de aquellos supuestos en los que no se respeta la debida separación entre el ámbito de actuación privada-particular del ámbito público-administrativo. Así, en la Resolución *Eléctrica Eriste* (49) 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.

Lo mismo que en la Resolución *Farmacias Las Palmas* (50), 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* (51) 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 ha de entenderse por «interés público» en el sentido del art. 7 LDC. Así, en la Resolución *Embarcaciones Recreo Lanzarote* (52), el Tribunal --poniendo en relación el requisito de afectación al interés público con el ilícito desleal de infracción de normas, del art. 15 LCD-- establece que la referencia del art. 7 b) LDC al interés público debe entenderse en sentido negativo, es decir, que la distorsión de la competencia perjudique o dañe al interés público. Tal perjuicio no se daría cuando la distorsión de la competencia se encuentra 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* (53) es uno de los pocos casos en los que el TDC ha admitido 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» (54).

Podemos concluir este epígrafe diciendo que, pese a la afirmación con el que se le daba comienzo de que la afectación del interés público es una materia confusa y farragosa, también es cierto que gracias a las reiteradas Resoluciones del TDC a este respecto, delimitando --aunque sea en muchas ocasiones de forma negativa, diciendo lo que «no es» interés público-- el concepto, sí es cierto que poco a poco se va acotando este tercer requisito de aplicación del art. 7 LDC.

En la práctica más reciente del TDC encontramos argumentaciones mucho más claras en este sentido, de 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* (55), no duda en afirmar --ante la interrupción del suministro por parte de una distribuidora de prensa a una vendedora-- que «lo único que se advierte es 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 arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia».

#### **o IV. LA CUESTIÓN DEL DOBLE REPROCHE, ANTITRUST Y DESLEAL**

Surge, a la luz de todo lo anteriormente expuesto, y en relación con este mecanismo de unión entre la normativa antitrust y la de deslealtad operada por el precepto objeto de estudio, una cuestión: ¿hay en los casos del art. 7 LDC un «doble reproche», antitrust y desleal?; cuando un acto desleal falsea además la competencia, ¿persisten ambos ilícitos, el desleal y el antitrust? Hemos afirmado anteriormente que los «casos» del art. 7 LDC no son un nuevo tipo de ilícito antitrust, sino un ilícito de deslealtad cualificado; coherentemente con este planteamiento, la respuesta a esta pregunta es sencillamente que no se plantea el problema de si un ilícito absorbe al otro o ambos coexisten, sino que sólo hay un tipo de ilícito, el desleal, pero que por su relevancia e impacto sobre la estructura concurrencial, es conocido en sede de Derecho de defensa de la competencia en las condiciones en que se conocen de los ilícitos antitrust (56).

Para un sector doctrinal (RODRÍGUEZ DÍAZ, 2003) que entiende el art. 7 LDC como un ilícito antitrust autónomo, distinto de los contemplados en los arts. 1 y 6, las conductas desleales que lleguen a afectar significativamente la competencia en el mercado, lesionando no sólo intereses privados sino también el interés público, serán merecedoras de un doble reproche, de manera que a la sanción civil se suma la administrativa.

Una cosa es clara: el art. 7 LDC sería aplicable únicamente al comportamiento de las empresas que no gozaran de posición de dominio, ya que «desde posición de dominio, todo acto desleal supone una conducta abusiva prohibida por dicho artículo» [Resolución *Eléctrica Curós* (57)]. Aunque no siempre lo ha tenido tan claro el Tribunal, la jurisprudencia más reciente se decanta decididamente por esta opción. Así, la ya citada Resolución *Distribuidora Industrial* (58) afirmaba que: «la utilización de una información, recomendación o advertencia contraria a la verdad, idónea para producir un engaño a los usuarios, induciéndoles a adquirir únicamente los tubos flexibles de conexión comercializados por DISA, en perjuicio de los demás comercializadores de estos productos, constituye un acto desleal que, realizado desde una posición de dominio, aprovechando la privilegiada situación que su condición de única empresa suministradora de GLP le proporcionaba ante la totalidad de los consumidores, debe incardinarse en el artículo 6 de la LDC».

Así mismo, de similar contundencia es la Resolución *Gas Sabadell* (59) que desestima la denuncia formulada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Sabadell contra la empresa Gas Natural, por supuestas conductas abusivas de posición de dominio, consistentes en exigir a ciertos clientes un pago a cuenta y en subir los precios de modo abusivo. El razonamiento que adopta el Tribunal con respecto al posible concurso de normas es el siguiente: «La aplicación del art. 7 LDC sería pertinente si el Tribunal llegara a la conclusión de que la denunciada no goza de posición de dominio. La explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que pueden encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad, podría constituir un acto desleal de los contenidos en el art. 16.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, que afectaría a las condiciones de funcionamiento de mercado. Por tanto, en el caso de que las conductas recogidas como hechos acreditados no constituyeran infracción del art. 6, podría ser de aplicación lo previsto en el art. 7 LDC».

En todo caso, y por si a alguien todavía le quedaban algunas dudas, especialmente clara al respecto fue la Resolución *Revisión/Telefónica* (60), ya que, a pesar de que la conducta de la Telefónica era un comportamiento de contenido netamente desleal --el lanzamiento de una campaña de publicidad engañosa que tenía por objeto entorpecer la actividad de un competidor--, al haberse realizado este comportamiento desde la posición de dominio que ostenta la imputada, «el Tribunal considera la campaña Los Planes Claros como una sola conducta constitutiva de abuso de posición dominante por su intención de obstaculizar el acceso de su primer competidor en telefonía básica mediante una campaña de contenido desleal. Los elementos desleales de la conducta al integrarse en la definición de esta conducta abusiva no pueden sostenerse además de manera autónoma, por lo que no se imputará la infracción del art. 7 LDC».

Esta Resolución ha sido confirmada por la Audiencia Nacional, en cuyo pronunciamiento (61) declara ser ajustada a Derecho la apreciación del TDC de conducta abusiva, aunque sí estima parcialmente el recurso de *Telefónica* al efectuar una sensible graduación de la multa impuesta.

Aunque de forma un poco más barroca en cuanto a la redacción, lo mismo se dice --ya que el supuesto de hecho es sorprendentemente parecido, si no idéntico, y así lo reconoce el propio TDC en el texto de su decisión-- en la Resolución *Telefónica/Astel* (62), en la que se sancionó a la operadora española con la mayor multa impuesta hasta entonces en nuestro país a una sola empresa, cuando se afirma que «las conductas empresariales han sido de un tenor denigratorio hacia y por y para sus competidores, generadoras de confusión y distorsión del mercado, a nivel empresarial y usuario, por lo que ha vulnerado la norma del art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, por subsunción (*sic*) en el anterior art. 6 al venir realizada desde el imperio de ser operador dominante, afectatoria (*sic*) de una correcta y ordenada funcionalidad de preasignaciones».

Algún sector doctrinal, intentando desacreditar la utilización del art. 7 como eficaz instrumento represor de conductas anticompetitivas, ha afirmado que su única utilización ha sido en el ámbito de la publicidad desleal. Como irrefutable prueba en contrario, y apoyando igualmente la tesis defendida aquí de que en los casos de concurso entre el art. 6 y el 7 LDC no hay un doble reproche, antitrust y desleal, sino que el ilícito desleal se subsume en la figura del abuso de posición dominante, véase la Resolución *IFCC/Correos* (63), en la que el Tribunal de Defensa de la Competencia impuso una multa de 900.000 euros a nuestro operador postal por dos conductas anticompetitivas de abuso de posición dominante, la primera de ellas consistente en retener correspondencia perteneciente a su competidor --la operadora IFCC-- que por error había sido depositada en la red de Correos, y la segunda --ésta es la que nos interesa ahora-- consistente en una campaña de descrédito y denigración, ilícito netamente desleal sancionado por el art. 9 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. Afirma (FJ 12) nuestro TDC, con interesantes alusiones al tema también tratado en estas páginas del interés público, que «por lo que a la conducta difusora de Correos se refiere, es conforme a derecho la apreciación del Servicio según la cual los actos denigratorios concretos de IFCC llevados a cabo por Correos en su campaña de descrédito son injustificables conductas desleales que vulneran el art. 9 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. El

que IFCC hubiera infringido la Ley Postal no autorizaría, en ningún caso, a Correos a verter declaraciones que no sean exactas, verdaderas y pertinentes. Es conforme a derecho también la consideración del Servicio según la cual para que los actos de competencia desleal puedan ser conocidos por las autoridades administrativas de defensa de la competencia deben concurrir las circunstancias de que el acto desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que haya afectación del interés público. Es asimismo certera la apreciación del Servicio cuando considera que las declaraciones de los directivos de Correos que constan en el expediente son por sí mismas reveladoras de cómo la campaña de prensa tuvo gran incidencia en el mercado y hace notar cómo una conducta desleal atentatoria contra el interés público, realizada por una empresa dominante para expulsar del mercado a un competidor, constituye un comportamiento abusivo de esa posición dominante. Y procede, pues, confirmar como tal la conducta desleal de Correos que ha sido probada».

Es interesante hacer notar que, previo a su decisión final sobre el fondo del asunto, el TDC hubo de pronunciarse sobre el recurso planteado por IFCC contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia que archivaba la denuncia original. En su pronunciamiento instando al SDC a continuar las actuaciones, la Resolución *Correos* (64), el TDC, tras recordar (en su FJ 6) la doctrina de la «especial responsabilidad» de la empresa dominante, del acervo comunitario de la defensa de la competencia, no duda en afirmar que «debe investigarse si la conducta de Correos en respuesta a la actividad de un competidor constituyó un abuso de posición dominante, infringiendo el artículo 6 LDC al prevalerse de dicha posición mediante actos desleales», dando carta de naturaleza a la posición, ya expuesta en estas páginas, que desde una posición de dominio todo comportamiento -- incluso una actuación de contenido y tipicidad tan netamente desleal como lo es una campaña de publicidad denigratoria-- se subsume en el contenido antitrust del precepto.

Otro caso distinto, el de la deslealtad por infracción de normas del art. 15 LCD, aunque en este mismo sector, el de los servicios postales, se planteó también una posible infracción del art. 7 LDC cuando Caja Postal empleó las oficinas y recursos de la red de servicios postales de Correos, y resolvió el TDC en su Resolución *Caja Postal-Argentaria-Correos* (65). La denuncia por falseamiento de la competencia por actos desleales fue desestimada, dado que la Ley 25/1991 --supuestamente infringida por Correos-- obliga a la banca pública a competir en régimen de igualdad con la banca privada sin prevalerse de su condición estatal: para que pueda imputarse a Caja Postal o a Argentaria --con quienes la operadora firmó un acuerdo de colaboración-- una infracción de dicha Ley tendría que haberse demostrado que utilizaron su posición privilegiada para obtener ventajas competitivas. Y no parece que haya fuera éste el caso porque, de un lado, la normativa bancaria admite la actuación a través de agentes y, de otro, Caja Postal remuneró adecuadamente a Correos por la utilización de sus servicios, como se recoge en los hechos probados.

Al igual que en el caso anterior --el expediente *IFCC/Correos*-- sí se acreditó la conducta desleal (contraria al art. 9 LCD), nada obstaba a que en éste también se acreditara la infracción de normas (contraria al art. 15 LCD), por lo que, insistimos, estos asuntos demuestran la pervivencia y operatividad del art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia en su función de salvaguarda del orden concurrencial saneado, cuando conductas netamente desleales distorsionan gravemente el mercado y afectan por tanto al interés público.

## **o V. CONCLUSIONES**

A la luz de todo lo anteriormente expuesto, estamos ya en condiciones de aventurar algún género de conclusiones sobre la eficacia del art. 7 de nuestra normativa antitrust, y sobre la conveniencia y oportunidad de su pervivencia en la nueva Ley de Defensa de la Competencia que saldrá de la reforma operada a partir del *Libro Blanco*.

Como se ha señalado en la introducción, las opiniones (66) vertidas a este respecto en el período de consulta pública a que dicho proyecto fue sometido han sido, en general, negativas. En contra de mantener dicho artículo se puede destacar, entre otros, el informe del despacho Ashurst (pág. 35, «es deseable suprimir de la LDC las figuras de la explotación de una situación de dependencia económica y de las conductas desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado y afecten al interés público»); C'M'S' Albiñana & Suárez de Lezo (pág. 6, «creemos que ambos ilícitos concurrenciales --el art. 7 y el art. 6.1 b-- deberían quedar fuera de la LDC»); Cuatrecasas, Gómez-Acebo y Pombo, Martínez Lage & Asociados y Uría & Menéndez (pág. 10, «consideramos conveniente eliminar los tipos actualmente previstos en el art. 6.1 b y 7 LDC»); Garrigues (pág. 14, «consideramos procedente optar por la desaparición de los tipos recogidos actualmente en los arts. 6.1 b y 7 de la LDC»); Jones Day (pág. 8, «consideramos acertada la propuesta de eliminar tanto el supuesto de dependencia económica recogida en el art. 6.1 b de la LDC como las conductas desleales que pueden afectar gravemente a la competencia y al interés público del art. 7 de la LDC»); DLA Piper (pág. 17, «la escasa aplicación desde la

promulgación de la Ley 16/1989 de estas disposiciones avalan la propuesta de eliminación que sugiere el Libro Blanco»).

A favor del mantenimiento de dicho precepto se manifiestan, entre otros, Ricardo ALONSO SOTO (pág. 2, «se debería mantener la figura del falseamiento de la libre competencia por actos desleales»); la Asociación Española para la Defensa de la Competencia (pág. 3, «debe mantenerse el art. 7 LDC, relativo al falseamiento de la libre competencia por actos desleales»); y José María DEL REY (pág. 12, «a pesar de no haberse usado mucho esta figura, su existencia es necesaria»).

¿Cuáles son, en síntesis, los argumentos a favor y en contra, esgrimidos en estos informes y de los que hemos ido dando cuenta en estas páginas?

A favor de la supresión del art. 7 LDC:

- 1) los actos de competencia desleal reflejan un conflicto entre particulares, y por tanto deben conocerse en la jurisdicción ordinaria, en sede administrativa;
- 2) eliminando el art. 7 de la LDC se evita 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 desde la promulgación de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, hasta la fecha;
- 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 resulta 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 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 trata --el art. 7 LDC-- de un ilícito *mixto* o *bifronte* que por su doble contenido desleal y antitrust desemboca 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, puede decirse --y aquí hemos mantenido que estos motivos abogan suficientemente por la pervivencia del precepto-- 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) es ahora más clara, gracias a la abundante --aunque no siempre coherente-- jurisprudencia del TDC;
- 2) la virtualidad del precepto para la eficaz represión de prácticas anticompetitivas que no tienen encaje en los arts. 1 y 6 LDC es patente; lo será más en el futuro próximo, en el que fruto de la irrupción de las Nuevas Tecnologías en los mercados sean 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 queda 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 es problema sólo de este precepto; afecta al conjunto de la normativa española de Defensa de la Competencia, y está 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 de resolver-- del resarcimiento de daños y perjuicios en el ámbito antitrust derivado del art. 13.1 LDC;

5) la inaplicabilidad --de momento-- del precepto no parece motivo suficiente para suprimir una norma que goza de una amplia tradición en el Derecho español, y que opera 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.

#### o 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.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid, 2003.

CASES PALLARÉS, L., *Derecho Administrativo de la Competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

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.

CREUS, A., «La privatización del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la UE*, núm. 200, abril/mayo, 1999.

DÍEZ ESTELLA, F., «Las complicadas relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 213, mayo-junio, 2001.

FIKENTSCHER, W., «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 172-173, 1984.

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.

MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

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

MONTAÑÁ MORA, M., «El discutido artículo 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.

PASCUAL Y VICENTE, J., «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Competencia y la UE*, núm. 205, enero/febrero 2000.

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

PEDRAZ CALVO, M., «Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia. Segundo semestre 2003», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 230, marzo/abril 2004.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, Ed. LA LEY, 1.ª edición, enero 2001.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 228, noviembre/diciembre 2003.

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.

VICENT CHULIÁ, F., «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *Revista General de Derecho*, núm. 589-590, 1993.

## NOTAS

(1) DOCE L 1/1, 2003.

(2) Disponibles en la página web del SDC: <http://www.dgdc.meh.es/ContribucionesLibroBlanco.htm>.

(3) Rec. núm. 352 y 367/1983, *BOE* de 22 de julio de 1986.

(4) FIKENTSCHER, W., «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 172-173, 1984, págs. 459 y ss.

(5) ZANON DI VALDIGURATA, L., «Price Discrimination under the Article 86 of the E.E.C. Treaty: The United Brands Case», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 31, 1982, pág. 52.

(6) Tribunal de Defensa de la Competencia, *Memoria 1999*, pág. 1, (disponible en la página web del TDC: <http://www.tdcompetencia.es/>).

(7) Para un mayor abundamiento en esta interesante discusión doctrinal, *vid.* MOTTA, M., *Competition Policy-Theory and Practice*, Cambridge 2004, págs. 39, 52 y 89.

(8) Relación que no hemos dudado en calificar de «problemática»; *vid.*, DÍEZ ESTELLA, F., «Las complicadas relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 213, mayo-junio 2001.

(9) Sobre el papel del interés público en el ordenamiento antitrust, *vid.*, ALONSO SOTO, R., «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.

(10) Resolución de 8 de marzo de 2000, Expte. 451/1999, *Distribuidora Industrial*, FJ 6.º.

(11) Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (*BOE*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1999).



(12) No faltan pronunciamientos que, de forma un tanto singular e inmotivada, «añaden» requisitos para la aplicabilidad del art. 7 LDC, o interpretan de forma particular los aquí expuestos. Así, la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 6.<sup>a</sup>), de 11 de octubre de 2000, decidiendo sobre la impugnación de dos Resoluciones del TDC establece que «para la aplicación del art. 7 se requiere, entre otros supuestos, que la conducta se encamine a excluir del mercado a un competidor o perjudicarlo notablemente en su actividad comercial» (FJ 3.<sup>o</sup>).

(13) Resolución de 9 de octubre de 1991, Expte. A 13/1991.

(14) Resolución de 30 de diciembre de 1991, Expte. 295/1991.

(15) Resolución de 8 de julio de 1992, Expte. 294/1991, FJ 2.<sup>o</sup>.

(16) Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.<sup>a</sup>), de 27 de marzo de 1996.

(17) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup>), de 15 de julio de 2002.

(18) Resolución de 19 de enero de 2000, Expte. r 373/1999.

(19) Resolución de 7 de mayo de 1999, Expte. r 340/1998.

(20) Resolución de 29 de julio de 1999, Expte. 439/1998, FJ 1.<sup>o</sup>.

(21) *Vid.*, de fechas recientes, Resolución de 31 de marzo de 1997, Expte. r 189/1996, *Resopal*, recogiendo anteriores pronunciamientos --de fechas no tan recientes--, como las Resoluciones de 18 de diciembre de 1991, Expte. 296/1991, *Cofradía de Pescadores de Santander*, y de 28 de junio de 1995, Expte. 351/1994, *Asociación de Tocoginecólogos de España*.

(22) Resolución de 29 de julio de 1999, Expte. 439/1998, FJ 1.<sup>o</sup>.

(23) Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.<sup>a</sup>), de 14 de mayo de 2002.

(24) FONT GALÁN y MIRANDA SERRANO, *op. cit.*, pág. 81.

(25) *Vid.*, por ejemplo, la Resolución de 31 de marzo de 1997, Expte. r 189/1996, *Resopal*, en la que se intentó denunciar un falseamiento de la competencia por unas presuntas conductas desleales consistentes en violación de secretos (art. 13 LCD) e inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD).

(26) Resolución de 2 de marzo de 1992, Expte. 303/1991.

(27) Resolución de 8 de julio de 1992, Expte. 294/1991.

(28) Resolución de 26 de junio de 1997, Expte. r 217/1997. En esta interesante Resolución se archiva la denuncia de un particular contra el Colegio San Alberto Magno por prácticas supuestamente desleales consistentes en realizar una publicidad en la que se afirmaba que «en los últimos cuatro años el 100% de nuestros alumnos ha aprobado la selectividad», afirmación que es falsa según los datos estadísticos facilitados por la Universidad de Zaragoza. Afirma el Tribunal que: «En el presente expediente, el mercado de producto está constituido por los servicios de educación escolar. El mercado geográfico se circunscribe a la ciudad de Zaragoza (...). Con el mercado así delimitado, la documentación aportada no ofrece dato alguno que permita apreciar, siquiera de forma indiciaria, una afectación sensible de la competencia (70 centros educativos en la ciudad, 45 en el curso 1992/1993 y 59 en el curso 1993/1994 obtuvieron un porcentaje de aprobados superior al 90%)».

(29) Resolución de 18 de diciembre de 1992, Expte. 314/1992.

(30) Resolución de 8 de marzo de 2000, Expte. 456/1999.

(31) Resolución de 9 de febrero de 1998, Expte. 368/1995, FJ 11.

(32) 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*.

(33) Resolución de 21 de junio de 1999, Expte. r 333/1998.

(34) Resolución de 26 de febrero de 2004, Expte. 560/2003.

(35) 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.

(36) Resolución de 30 de mayo de 2002, Expte. 521/2001, FJ 9.º.

(37) Resolución de 28 de julio de 1998, Expte. 405/1997.

(38) Resolución de 19 de noviembre de 1998, Expte. 357/1995.

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

(40) Resolución de 30 de abril de 2002, Expte. 519/2001, FJ 3.º.

(41) Resolución de 9 de marzo de 2001, Expte. 485/2000, FJ 3.º.

(42) Resolución de 26 de noviembre de 2002, Expte. 529/2001, FJ 10.

(43) Resolución de 8 de junio de 1999, Expte. r 354/1999.

(44) Resolución de 30 de septiembre de 1999, Expte. 362/1999.

(45) Resolución de 20 de julio de 1998, Expte. r 311/1998, revocada por la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.ª), quien en su sentencia de 29 de junio de 2001 ha estimado parcialmente el recurso interpuesto contra la misma, ordenando al TDC el desarchivo de las actuaciones y la prosecución de las mismas hasta que se complete el expediente administrativo y pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto.

(46) Resolución de 15 de julio de 1996, Expte. r 158/1996.

(47) Resolución de 9 de marzo de 2001, Expte. 485/2000, FJ 3.º.

(48) Resolución de 26 de noviembre de 2002, Expte. 529/2001, FJ 10.

(49) Resolución de 7 de abril de 2003, Expte. 535/2002, FJ 5.º.

(50) Resolución de 8 de octubre de 1999, Expte. r 374/1999.

(51) Resolución de 3 de febrero de 1999, Expte. 417/1997.

(52) Resolución de 12 de junio de 2002, Expte. r 485/2001, FJ 6.º.

(53) Resolución de 29 de julio de 1999, Expte. 439/1998, FJ 4.º.

(54) Sentencia de 14 de mayo de 2002, FJ 4.º.

(55) Resolución del TDC, de 10 de febrero de 2004, Expte. R 564/2003, FF.JJ. 2.º y 3.º.

(56) De acuerdo con esta interpretación *procesalista* o *monista*, el art. 7 LDC tendría fundamentalmente una función «procesal»; el precepto sería primordialmente una norma de atribución de competencias en cuya virtud se otorgaría al TDC conocimiento exclusivo de este tipo de conductas desleales.

(57) Resolución de 5 de mayo de 1999, Expte. 431/1998.

(58) Resolución de 8 de marzo de 2000, Expte. 451/1999.

(59) Resolución de 14 de febrero de 2000, Expte. 458/1999.

(60) Resolución de 8 de marzo de 2000, Expte. 456/1999, FJ 14.

(61) Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Secc. 6.ª), de 22 de septiembre de 2003 (Rec. 0483/2000).

(62) Resolución de 1 de abril de 2004, Expte. 557/2003, FJ 2.º.

(63) Resolución de 7 de febrero de 2003, Expte. 536/2002.

(64) Resolución de 2 de abril de 2001, Expte. R 417/2000.

(65) Resolución de 3 de noviembre de 1999, Expte. 417/1997.

(66) Disponibles en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia (Ministerio de Economía y Hacienda), <http://www.dgdc.meh.es/ContribucionesLibroBlanco.htm>.