



LAS COMPLICADAS RELACIONES ENTRE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL.

Fernando Díez Estella*

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Breve análisis histórico y dogmático. **III.** Relación entre ambos ordenamientos. **IV.** Normas de cierre del sistema. A) Falseamiento de la competencia por actos desleales (art. 7 LDC). a) Existencia de un ilícito de deslealtad. b) Afectación sensible de la competencia. c) afectación del interés público. *Apéndice:* La cuestión del doble reproche (Antitrust y desleal). B) Actos desleales por infracción de normas (art. 15.2 LCD). **V.** El aspecto procedimental de las relaciones entre la defensa de la competencia y la competencia desleal. **VI.** Conclusiones.

I. Introducción.

El tema que va a ser objeto de estudio en este trabajo¹, la delimitación entre el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de competencia desleal, es una cuestión que, a modo de introducción, podemos calificar como abierta, compleja y de gran trascendencia práctica.

Abierta, porque los respectivos textos legales admiten un sinfín de interpretaciones, y el debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la misma no está, ni mucho menos, completado. 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. De gran trascendencia práctica, porque, a diferencia de otras cuestiones relacionadas con este ámbito, cuyo estudio es objeto únicamente de discusiones doctrinales, hablar de la delimitación entre el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de competencia desleal supone, como mínimo, hablar de dos

* Doctor en Derecho. Profesor Permanente de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija.

¹ Este artículo es fruto de la preparación de una conferencia en el Módulo de Defensa de la Competencia del Curso "Asesoría Jurídica y Regulación", organizado por el Colegio de Alta Dirección del Instituto de Empresa, Madrid, 4.I al 27.IV de 2000.



órdenes jurisdiccionales completamente distintos, el administrativo y el civil, con todo lo que ello supone de acciones ejercitables, procesos, procedimientos, etc.

Precisamente por ello, esta cuestión ha sido objeto de frecuentes pronunciamientos tanto por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia como de los correspondientes Tribunales ordinarios (Audiencias Provinciales, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo). Además, últimamente este asunto ha cobrado especial actualidad debido a la reciente reforma de la LDC, la operada por Ley 52/99², que introduce cambios apreciables en bastantes de los temas que se van a tratar aquí.

La conclusión a la que se pretende llegar es que no se puede encontrar en la actualidad ningún motivo que justifique la existencia de la defensa de la competencia y la competencia desleal como dos cuerpos legislativos separados. Sí es verdad que la génesis de ambos ordenamientos fue distinta, y ello se plasmó en leyes diferentes. Pero en estos últimos años ambas disciplinas han experimentado un acercamiento conceptual que hace que sólo razones coyunturales o decisiones de política legislativa justifiquen el mantenimiento de la separación. Para entender bien este proceso es necesario remontarse al origen histórico de estas leyes y tener también alguna noción de que cómo se han ido formando los conceptos en la tradición legal de la que somos herederos, es decir la dogmática jurídica alemana. A ello se dedicará el Apartado II. En el Apartado III se detalla cuál es, a nuestro entender, la clave de las relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal.

El Apartado IV se dedica a los "mecanismos de cierre" del sistema que el legislador español, con un acierto que ha sido reconocido por todos los ordenamientos de nuestro entorno, ha introducido a modo de "puente" entre el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de competencia desleal; el art. 7 LDC, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, y el art. 15.2 LCD, la deslealtad por infracción de normas. Se cerrará este apartado con una breve referencia a la problemática surgida por la introducción en nuestro ordenamiento de un equivalente a la regla *de minimis*

² Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre de 1999).



comunitaria, y la línea jurisprudencial surgida a partir de la conocida Sentencia *CAMPSA*.

El situarse en uno u otro ámbito tiene una evidente repercusión en las acciones ejercitables, y existe el peligro de que al ser diferentes los órdenes que conocen (la Administración y los Tribunales ordinarios), se llegue a que sobre una misma conducta tengan lugar pronunciamientos diferentes. A esta problemática se dedica el Apartado V. Finalmente, en el Apartado VI, de conclusiones, una valoración global de toda esta problemática, con especial mención de una cuestión que resume muy bien las dificultades de nuestro sistema, ya que se trata de una práctica que es regulada en los mismos términos por ambos cuerpos normativos: la explotación de una situación de dependencia económica, que recibe, desde la reciente reforma, una tipificación paralela como ilícito antitrust (ex. art. 6.1.b) LDC) y como ilícito desleal (ex. art. 16.2 LCD).

II. Breve análisis histórico y dogmático.

En los sistemas de economía de mercado destaca, como uno de los principios básicos, el de la libertad de empresa o libertad de iniciativa económica. Dicho principio, como es sabido, aparece consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 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"*.

Es importante destacar dos cuestiones: En primer lugar, el citado principio de la libertad de empresa no aparece consagrado en términos absolutos, sino que está sometido a diversas limitaciones que derivan de la protección de otros intereses, socialmente considerados también dignos de protección, y frente a los cuales cede el derecho individual a la libre iniciativa económica. 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 competencia 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 (Fto.Jco. 4º)”³.

Este derecho de la competencia, que ha hecho así su aparición, se ha desarrollado a través de dos diferentes sistemas normativos⁴: 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, ¿porqué 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 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

³ Rec. Núm. 352 y 367/1983, B.O.E. de 22 de julio de 1986.

⁴ En toda esta parte de la exposición seguimos el fundamental trabajo de ALONSO SOTO, R., "Competencia desleal y defensa de la competencia en España", *Información Comercial Española*, núm. 750, Febrero 1996, págs. 9 a 16.



publicado en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 11 a 34.

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:

1. 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.
2. 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 han venido en denominar "neutralidad político-económica": la protección de los intereses mercantiles de los empresarios es ajena a cuestiones de orden público económico⁵.

Sin embargo, esta construcción individualista de la competencia desleal quiebra a partir de los años 30⁶, 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 la correspondiente Ley de

⁵ Para un estudio exhaustivo y en profundidad de la Ley de Competencia Desleal alemana y la quiebra de esa "neutralidad política-económica", Vid. PAZ-ARÉS, C., "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981, págs. 7 a 147.

⁶ En concreto, a partir de la publicación de dos escritos de Eugen Ulmer; Vid. PAZ-ARÉS, C., *op.cit.*, pág. 45.



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, por tanto, de una "tríada de intereses"⁷ 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 demás⁸.

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, habrá un daño al concurrente, pero ese

⁷ 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, pág. 360. De reforma de la Ley 16/89

⁸ Sobre este tema, *Vid.* también la esencial aportación de MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La Competencia Desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ed. Civitas, Madrid 1988.



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.

III. Relación entre ambos ordenamientos.

¿Cuál es pues, la relación entre ambos cuerpos normativos existentes en nuestro ordenamiento, la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia y la Ley 3/91, de Competencia Desleal?. Acudiendo a un concepto de la teoría general del Derecho, la doctrina es unánime al afirmar que la LDC es *lex specialis*⁹ respecto a la LCD.

Ambas, acabamos de decirlo, protegen y tutelan lo mismo: el orden concurrencial saneado. Las conductas o prácticas que atenten contra este orden concurrencial, contra la competencia, habitualmente encajarán en alguno de los tipos especiales de los artículos 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: 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 Fto.Jco. 4º: "(...) *que esa conducta afecte al interés público y que la afectación sea importante, circunstancias estas dos últimas innecesarias*

⁹ Vid., por todos, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *op.cit.*, pág. 143.



publicado en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 11 a 34.

en el campo civil, que es aquel en el que se dicta la presente sentencia”

La delimitación entre el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal podemos, por tanto, hacerla a partir del examen de tres elementos¹⁰, que se toman en consideración no de forma aislada sino en un análisis que los integre:

1. La estructura del mercado: una vez definido el mercado relevante, si encontramos en él una posición de dominio, por el criterio de la especificidad será de aplicación la LDC, concretamente el catálogo de prohibiciones del art. 6.
2. El medio empleado: Un acuerdo entre empresas nos lleva también a la prohibición del art. 1 LDC (prácticas colusorias), mientras que un acto unilateral -sin hallarse en posición de dominio- será habitualmente encuadrable en alguno de los tipos de la LCD.
3. Los efectos sobre el mercado: si hay relevancia sensible y afectación del interés público, entra en juego la LDC; si no, se aplicará la LCD.

Vemos, por tanto, que a los efectos de establecer un método analítico para delimitar la aplicación o el ámbito de una u otra ley, no sólo hay que prestar atención a cuál haya sido el comportamiento concreto de una empresa o un grupo de empresas, sino también tener en cuenta otra serie de factores como el entorno empresarial en el que dicho comportamiento se desenvuelve, el tipo de mercado en el que éste tiene lugar, los efectos sobre el resto de empresas que operan en él y sobre la estructura competitiva en su conjunto, etc.

Un ejemplo que puede ilustrar esta última afirmación lo encontramos en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo

¹⁰ Esta línea de razonamiento, tal como queda formulada aquí, guarda una semejanza evidente con el conocido modelo S-C-P (*Structure-Conduct-Performance*), que fue el paradigma en la aplicación de las leyes antitrust estadounidenses en la etapa previa al imperio de la Escuela de Chicago y en un momento en el que todavía se desconocían otros métodos analíticos más modernos como los postulados de la Nueva Organización Industrial o la Teoría de Juegos. Aunque el modelo S-C-P ya no es aceptado por prácticamente ningún economista, no pensamos que sea por ello un paradigma carente de toda virtualidad. Para un resumen de publicaciones al respecto, *Vid.*, MURIS, T., “Economics and Antitrust”, *5 Geo. Mason L. Rev.* 303 (1997).



y del Tribunal de Defensa de la Competencia, ya que, por una misma conducta pretendidamente desleal o anticompetitiva, han tenido lugar pronunciamientos de ambos órganos. Se trata de la prohibición de la entrada en un cine con productos comestibles adquiridos en el exterior. Cuando ésta afectó a un particular (el dueño de un establecimiento de "chucherías" enfrente de un cine de Oviedo), éste presentó la correspondiente demanda de menor cuantía, que fue desestimada en primera instancia, recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo y posteriormente en casación ante el Tribunal Supremo, quien declaró en Sentencia¹¹ de 15 de abril de 1998 que dicha conducta no constituía una práctica concurrencial desleal. Sin embargo, cuando los afectados fueron la Unión de Consumidores de España y los denunciados cuarenta salas de cine repartidas por toda la geografía española, el asunto se sustanció ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que en su Resolución *Salas de Cine*¹² declaró que la prohibición de acceder al interior del cine con productos comestibles adquiridos en el exterior no es una práctica anticompetitiva.

Ahora bien, esta doble "perspectiva" desde la que se pueden valorar y enjuiciar conductas lleva irremediabilmente a que a veces las soluciones de uno y otro órganos sean diferentes. Uno de los ejemplos más claros nos lo ha ofrecido recientemente la polémica desatada en torno a la venta de libros de texto en los grandes almacenes con regalo de vales equivalentes en pesetas canjeables por otros productos del mismo establecimiento¹³. Así, la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 12 de marzo de 1998 detalla en su Fundamento Jurídico 3º cómo hay una serie de Audiencias que sostienen que eso es un descuento indirecto y por tanto práctica desleal de la competencia, mientras que el Tribunal de Defensa de la Competencia aboga, en el mismo supuesto de hecho, por la inexistencia de comportamiento reprochable y equiparación con las ventas con premio, regalo y obsequio.

¹¹ Sala 2ª, RJ 4890/1998.

¹² Resolución de 5 de febrero de 1999, Expte. R 317/98.

¹³ Sobre esta cuestión, y como demostración práctica de que el mismo problema se puede enfocar perfectamente desde ambos puntos de vista de nuestro ordenamiento, *Vid.* los interesantes trabajos de DESDENTADO, E., "Precio de los libros y competencia desleal", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 229, 1998, págs. 1251 y ss.; CARBAJO CASCÓN, FERNANDO, "El sistema de precio fijo en la venta de libros desde la perspectiva del derecho de la competencia", *Actas de Derecho Industrial*, Tomo XVIII, Ed. Marcial Pons, 1997, págs. 939 a 959.



IV. Normas de cierre del sistema.

Dado que 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". Me estoy refiriendo al art. 7 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.

A) Falseamiento de la competencia por actos desleales (art. 7 LDC).

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"¹⁴.

El motivo básico es que, en todo el cambio de planteamiento sobre los fines y presupuestos de la institución de la Competencia Desleal a que hemos hecho referencia en la introducción, 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

¹⁴ En todo este apartado seguimos el excelente y fundamental trabajo de 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, págs. 1040 y ss.



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 quien tiene el deber de velar por el mercado, es decir por los órganos antitrust?.

De las tres posibilidades¹⁵ 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.

Podemos decir, por tanto, en una primera aproximación, que se configura un nuevo tipo de ilícito antitrust¹⁶, 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" (p.ej. Resolución *Distribuidora Industrial*¹⁷).

Las condiciones para la aplicabilidad del art. 7 LDC resultan evidentes de la literalidad del artículo, y así lo ha entendido el TDC en numerosas ocasiones, como p.ej. la Resolución *Suministros para Ventilación y Calefacción por Aire, S.A. c. Todo en Aire, S.A.*¹⁸ o la importante Resolución *N.C.A. Electromedicina, S.A. c. General Electric, C.G.R. España, S.A.*¹⁹. En este sentido, la reforma introducida por la Ley 52/99 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

¹⁵ Vid., sobre esta cuestión, ALONSO SOTO, R., *op.cit.*, pág. 13 y TRONCOSO REIGADA, M., *op.cit.*, pág. 1037.

¹⁶ Así lo entiende, p.ej., TRONCOSO REIGADA, M., *op.cit.*, pág. 1039.

¹⁷ Resolución de 8 de marzo de 2000, Expte. 451/99.

¹⁸ Resolución de 9 de octubre de 1991, Expte. A 13/91.

¹⁹ Resolución de 30 de diciembre de 1991, Expte. 295/91.



competencia en el mercado" y el art. 1. b) "Que esa grave distorsión afecte al interés público". Finalmente, se añade un 2º 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". Veamos por tanto, a través de las Resoluciones²⁰ del TDC, cómo se han enfocado en la práctica los requisitos para la aplicabilidad del art. 7 LDC.

a) 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, "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"²¹. Así, en la Resolución *Aceite de Oliva*²², aclara el Tribunal que "...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".

A pesar de ello, lo cierto es que en ocasiones el TDC sí ha llevado a cabo un juicio sobre la deslealtad de la conducta y lo ha hecho además sin tomar en consideración los efectos de la misma. Me estoy refiriendo a la reciente Resolución *TELEFÓNICA/RETEVISIÓN*²³, en la que nuestra máxima autoridad antitrust ha puesto la que, hasta ahora, es la mayor multa impuesta por este órgano a una sola empresa. En efecto, en el Fundamento Jurídico nº 12 el Tribunal lleva a cabo un

²⁰ Dado que, según lo previsto en la Disposición final tercera de la Ley 52/99, la reforma de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia ha entrado en vigor en fecha reciente (el pasado 1 de marzo de 2000), no hay todavía jurisprudencia del TDC relativa al art. 7 según su nueva redacción.

²¹ 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*, nº 19, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 206.

²² Resolución de 8 de julio de 1992, Expte. 294/1991.

²³ Resolución de 8 de marzo de 2000, Expte. 456/99.



publicado en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 11 a 34.

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"*.

Podría entonces pensarse que, si sobre una cuestión existe una Sentencia firme declarando la no existencia de ilícito desleal, el Tribunal de Defensa de la Competencia entonces archivaría el expediente por no concurrir dicho requisito, pues como acabamos de explicar y el propio TDC afirma, *"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*²⁴). Sin embargo, esto no ocurre siempre así, por lo menos en la jurisprudencia reciente. Así, cuando la empresa ABONOMAR S.L. denunció a la entidad FERTIÁRBOL S.L. por comercializar ésta 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.A.*²⁵ desestima la demanda por entender 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 nº 1 de la Coruña) en la Sentencia firme de 16 de octubre de 1997"*.

Sin embargo, y en sentido totalmente contrario a la pauta anterior, cuando la Asociación Provincial de Empresas de

²⁴ Resolución de 7 de mayo de 1999, Expte. R 340/98.

²⁵ Resolución de 19 de enero de 2000, Expte. R 373/99.



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 nº 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 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, ni corto ni perezoso (aunque resolviendo en igual sentido que la instancia civil) dijo en la Resolución *Ambulancias de Cataluña*²⁶ 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".

b) Afectación sensible de la competencia.

Este requisito adolece en su aplicación por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia de una línea clara que permita conocer al operador cuando 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.*²⁷ (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 iba unida 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

²⁶ Resolución de 29 de julio de 1999, Expte. 439/98.

²⁷ Resolución de 2 de marzo de 1992, Expte. 303/91.



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 ha puesto de manifiesto la doctrina, pensamos que acertadamente, “el elemento determinante reside en la dimensión de los efectos de la conducta en relación con el mercado relevante”²⁸. 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*²⁹) 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*³⁰, o mercado de servicios veterinarios de la localidad de Pozuelo de Alarcón, en la Resolución *Veterinarios a Domicilio*³¹).

Más recientemente, 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: “*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

²⁸ FOLGUERA CRESPO, J., *op.cit.*, pág. 213.

²⁹ Resolución de 8 de julio de 1992, Expte. 294/1991.

³⁰ Resolución de 18 de diciembre de 1992, Expte. 314/1992.

³¹ Resolución de 9 de febrero de 1998, Expte. 368/1995.

³² Resolución de 19 de enero de 1998, Expte. R 264/97.



publicado en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 11 a 34.

el alcance material del concepto "afectación sensible de la competencia". Así, en la Resolución *Codorniu/Freixenet*³³, en la que las 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*".

Lo mismo que en la Resolución *Farmacias Las Palmas*³⁴, 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. O la Resolución *Colegio San Alberto Magno*³⁵, en la que 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 1992/93 y 59 en el curso 1993/94 obtuvieron un porcentaje de aprobados superior al 90%)*".

³³ Resolución de 21 de junio de 1999, Expte. R 333/98.

³⁴ Resolución de 8 de octubre de 1999, Expte. R 374/99.

³⁵ Resolución de 26 de junio de 1997, Expte. R 217/97.



c) Afectación del interés público.

Este tercer requisito, estrechamente ligado al anterior, es quizá el aspecto más oscuro 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 y, desgraciadamente, tampoco podemos elaborar una definición del mismo a partir de la doctrina jurisprudencial. Se ha dicho, acertadamente, 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"³⁶. Y es que el TDC 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*³⁷, 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*³⁸, 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 "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. (...) No habiéndose acreditado la

³⁶ BERENGUER FUSTER, L./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, pág. 28.

³⁷ Resolución de 8 de junio de 1999, Expte. R 354/99.

³⁸ Resolución de 30 de septiembre de 1999, Expte. 362/99.



publicado en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 11 a 34.

afectación sensible del mercado, innecesario resulta un pronunciamiento de este Tribunal sobre la supuesta deslealtad de la conducta denunciada (...); las imputaciones de competencia desleal realizadas por la denunciante contra Bacardí se refieren, en todo caso, a presuntos ilícitos civiles sin entidad suficiente para vulnerar las normas de defensa de la competencia".

De igual modo, en su Resolución *Ayuntamientos de Gran Canaria*³⁹, 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 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*⁴⁰, 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*

³⁹ Resolución de 20 de junio de 1998, Expte. R 311/98.

⁴⁰ Resolución de 15 de julio de 1996, Expte. R 158/96.



tanto, deben ser dilucidadas por la vía del procedimiento civil ya iniciado”.

Como puede adivinarse, gran parte de la doctrina⁴¹ entiende que los dos últimos requisitos en el fondo son uno solo, ya que el interés público protegido es el interés del mantenimiento de un orden concurrencial saneado.

Apéndice: La cuestión del doble reproche (antitrust y desleal).

Surge en seguida una cuestión; ¿hay en los casos del artículo 7 un “doble reproche”, antitrust y desleal?; ¿cuando un acto desleal falsea además la competencia, persisten ambos ilícitos, el desleal y el antitrust?. Acabamos de decir que los “casos” del art. 7 no son un nuevo tipo de ilícito antitrust; coherentemente con este planteamiento, la respuesta a esta pregunta es sencillamente que no hay tal problema de que 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 antitrust en las condiciones en que se conocen de los ilícitos antitrust⁴².

Una cosa parece clara: el art. 7 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*⁴³). Aunque no siempre lo ha tenido tan claro el Tribunal, la jurisprudencia más reciente se decanta decididamente por esta opción. Así, la Resolución *Distribuidora Industrial*⁴⁴ afirma 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*

⁴¹ Por todos, *Vid.* TRONCOSO REIGADA, M., *op.cit.*, pág. 1043 y FOLGUERA CRESPO, J., *op.cit.*, pág. 218.

⁴² De acuerdo con esta interpretación *procesalista* o *monista*, el artículo 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.

⁴³ Resolución de 5 de mayo de 1999, Expte. 431/98.

⁴⁴ Resolución de 26 de enero de 2000, Expte. 451/99.



publicado en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 11 a 34.

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”.

De similar contundencia es la Resolución *Gas Sabadell*⁴⁵ 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 artículo 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 artículo 6, podría ser de aplicación lo previsto en el art. 7 LDC”.*

Especialmente clara al respecto ha sido la ya comentada Resolución *RETEVISIÓN/TELFÓNICA*⁴⁶, 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*

⁴⁵ Resolución de 14 de febrero de 2000, Expte. 458/99.

⁴⁶ Resolución de 8 de marzo de 2000, Expte. 456/99.



no se imputará la infracción del artículo 7 LDC" (Fundamento Jurídico nº 14).

B) Actos desleales por infracción de normas (art. 15.2 LCD).

A la vista de todo este esquema, surge también otra cuestión; ¿cuál es el "puente" de recorrido inverso al anterior? ¿qué pasa cuando la deslealtad viene originada por una infracción de las tipificadas en la Ley de Defensa de la Competencia? En ese caso, entraría en juego el art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, que 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 Competencia⁴⁷.

Esta norma, plenamente coherente con el modelo social al que la Ley 3/91 responde, se explica teniendo en cuenta que el fundamento de la deslealtad por infracción de normas está en el respeto a la *par condicio concurrentium*, la igualdad de condiciones de juego de los agentes que operan en el mercado. El art. 15 no busca, por tanto, reforzar o proteger el cumplimiento de la ley, sino que la infracción de una norma no altere o falsee el funcionamiento del mercado, cuando dicha infracción afecta de forma positiva a la posición competitiva del infractor. Esto puede ocurrir, básicamente, de dos maneras:

- Por ahorro de costes (típico ejemplo de conducta sancionada por el primer párrafo del art. 15: venta de mercancías que han sido obtenidas de contrabando; tener productos más baratos que la competencia por hacer evasión fiscal de los impuestos que los gravan).
- Por desarrollar estrategias que otros competidores no pueden desarrollar porque están prohibidas (típico ejemplo del párrafo segundo del art. 15: vender fuera del horario comercial; intermediar en una compraventa sin ser agente inmobiliario).

Como puede verse fácilmente, la diferencia entre el art. 15.1 y el 15.2 está en que el comportamiento contemplado en

⁴⁷ En todo este apartado seguimos el fundamental trabajo de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Competencia desleal por infracción de normas", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981, págs. 667 a 730.



publicado en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 11 a 34.

el segundo párrafo, de suyo, ya es una práctica anticompetitiva; en cambio, el comportamiento contemplado en el primer párrafo, sólo será desleal -aparte, por supuesto, de delito fiscal o societario- cuando fruto de esa infracción se obtenga una ventaja competitiva. Las normas del primer párrafo son normas cuya infracción requiere la realización efectiva de la ventaja obtenida mediante su infracción, mientras que las normas del segundo párrafo son normas que tienen por objeto la regulación de la competencia.

Ejemplo del primer párrafo del art. 15 LCD es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de febrero de 1997, que trató el asunto de un fabricante de productos sanitarios para el tratamiento de la "ostomía" que infringió la prohibición de hacer publicidad directa de estos artículos, haciendo por tanto competencia desleal sobre aquellos fabricantes que sí respetaban esa normativa. Se detallan, en el Fundamento Jurídico 5º, los tres requisitos que la jurisprudencia ha establecido para la apreciación de conducta desleal por infracción de normas: *"...los tres siguientes requisitos: 1º. Infracción de norma jurídica, con independencia de su rango formal, y sea o no reguladora de la actividad concurrencial. 2º. Obtención por la infracción de una ventaja competitiva que ha de ser efectiva y no potencial. 3º. Relación de causalidad entre la infracción de la norma y el logro de la ventaja competitiva"*

Respecto al segundo párrafo del art. 15 LCD, que es el que nos interesa, la jurisprudencia proporciona abundantes ejemplos de la actividad de los tribunales en materia de competencia desleal por infracción de normas; así, la Audiencia Provincial de La Rioja, en Sentencia⁴⁸ de 30 de diciembre de 1997, estableció que cuando la empresa "Funeraria San José, S.A." desarrolló tareas de servicios funerarios no incurrió en conductas de competencia desleal frente a la empresa "Pompas Fúnebres Pastrana, S.A.", explotadora de la concesión administrativa del servicio de prestaciones y pompas fúnebres de Ayuntamiento de Logroño.

Como ya hemos avanzado, un caso específico de este grupo y el motivo por el que he traído a colación este artículo es la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia. Un acuerdo colusorio, un abuso de posición dominante, ¿son actos de competencia desleal por infracción de normas, ex art. 15

⁴⁸ Rollo de Apelación núm. 573/1996 (RJ 2523/1997).



LCD? Por el carácter general de la LCD respecto de la LDC, la doctrina entiende que "toda infracción de la LDC, es infracción también de la LCD"⁴⁹ y que "es perfectamente posible sostener que todas las conductas colusorias o abusivas son *per se* conductas desleales"⁵⁰. No necesariamente lo serán bajo el art. 15, ya que habitualmente encajarán en alguno de los supuestos específicos del catálogo de prohibiciones contenido en los arts. 6 a 17 LCD, dejándole al art. 15 "una función residual para acuerdos (verticales y horizontales) de fijación de precios o condiciones de venta que, por su escasa importancia no produzcan efectos anticompetitivos sensibles"⁵¹.

Quizá uno de los ejemplos más claros de este planteamiento lo encontramos en la práctica de la discriminación de precios. Como es sabido, el Derecho de competencia sanciona en las relaciones comerciales la imposición de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación de desventaja competitiva frente a otros. Pues bien, siguiendo método de análisis anteriormente propuesto para delimitar el ámbito de aplicación de la LDC y la LCD, tenemos que:

- Si la discriminación de precios se ha llevado a cabo a través de un acuerdo entre dos o más empresas, y tiene efectos sensibles en la competencia, será perseguible por el art. 1.1.d) LDC.
- Si la discriminación de precios se ha llevado a cabo en el contexto de un abuso de posición de dominio, será perseguible como tal por el art. 6.2.d) LDC.
- Si la discriminación de precios se ha llevado a cabo explotando una situación de dependencia económica y por tanto en ausencia de afectación sensible de la competencia, será perseguible bajo el art. 16.2 LCD.

Naturalmente, el sistema de recursos previsto para las Resoluciones del TDC que lleva a que una misma conducta pueda sustanciarse ante órganos jurisdiccionales distintos origina a veces fallos de sentido contrario. En el caso de la discriminación de precios, el Tribunal de Defensa de la Competencia declaró en su Resolución *Beyena S.L.*⁵² no

⁴⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *op.cit.*, pág. 704.

⁵⁰ TRONCOSO REIGADA, M., *op.cit.*, pág. 1051 (nota 42).

⁵¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *op.cit.*, pág. 705.

⁵² Resolución de 6 de noviembre de 1994, Expte. 347/94.



probada la existencia de posición de dominio de una empresa comercializadora de leche pasteurizada en la Provincia de Vizcaya. En consecuencia, no se acreditó la infracción de la LDC consistente en la aplicación de precios discriminatorios a un transportista, al que pagaba menos que a sus competidores por prestar idéntico servicio que aquellos. Sin embargo, la Audiencia Nacional, resolviendo el recurso contencioso-administrativo planteado contra dicha Resolución, estimó en Sentencia⁵³ de 2 de diciembre de 1996 que sí podía declararse la existencia de una conducta prohibida, y que los hechos denunciados eran constitutivos del abuso de posición de dominio tipificado en la LDC.

Las mismas consideraciones que se han hecho antes con relación a la salvaguarda del "gran interés público" en nuestro modelo de Derecho de la competencia, que sería una de las razones que avalan la existencia del art. 7 LDC, pueden perfectamente ahora hacerse respecto a la defensa del "pequeño interés privado", como justificación del art. 15.2 y su aplicación a aquellas conductas, como p.ej., un acuerdo colusorio, que, siendo consideradas como no significativas para la competencia –y por tanto, en razón de la escasez de recursos de la Administración, no perseguibles en sede antitrust-, sí suponen una afectación económica patente para los derechos de un particular, dignos también de tutela y protección. En el caso que nos ocupa es la denominada regla *de minimis* del art. 1.3 LDC⁵⁴, sobre todo a partir de su reciente reforma⁵⁵, que el elimina el adjetivo "*prohibidas*" que figuraba en el texto anteriormente vigente. Así, se establece que: "*Los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia*".

Aunque la doctrina está dividida⁵⁶ respecto al alcance del art. 1.3 como norma de remisión a la LCD –y el debate sobre

⁵³ Recurso contencioso-administrativo núm. 835/1994 (RJ 2270/1996).

⁵⁴ Introducido por el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (B.O.E. núm. 139, de 8 de junio de 1996).

⁵⁵ Ley 52/99 de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre de 1999).

⁵⁶ En contra de considerar el art. 1.3 LDC como norma de remisión a la jurisdicción civil, BERENGUER FUSTER, L./GINER PARREÑO, C., *op.cit.*, pág. 24.; a favor, URÍA FERNÁNDEZ, F., "Aspectos jurídicos más relevantes de la reforma de la legislación de competencia", *Gaceta*



este punto se ha acentuado considerablemente a partir de la reforma-, somos de la opinión de que ese artículo abre la posibilidad de la aplicación del derecho de la competencia por parte de la jurisdicción ordinaria en los casos en que el particular haya visto rechazada su reclamación por los órganos de defensa de la competencia por considerarse escasamente relevante. Desde la constatación de que se ha concedido a las autoridades de defensa de la competencia la facultad de desistir de perseguir los acuerdos restrictivos de la competencia de escasa importancia hay que matizar que "de ahí no puede seguirse, sin embargo, la impunidad de esta clase de acuerdos restrictivos (...). Su represión por lo tanto, queda constreñida al ámbito de la represión de la competencia desleal y en manos de los jueces y tribunales del orden civil"⁵⁷. Desde otra perspectiva, se ha entendido que "el artículo 15 LCD serviría de cierre del sistema de Derecho de la competencia si tenemos en cuenta que puede reforzar la eficacia de normas de cualquier rango legal, tanto estatales como autonómicas en una situación general caracterizada por fenómenos de desprecio a la Ley (economía sumergida, fraude fiscal, normativa sobre apertura de establecimientos, etc.)"⁵⁸.

Desde luego, así como el primer "puente" entre la LDC y la LCD (el Tribunal de Defensa de la Competencia puede "aplicar" la Ley de Competencia Desleal por la vía del art. 7 LDC) es pacíficamente admitido por la doctrina, este segundo, de sentido inverso al anterior, y que tiene un extremo en el art. 1.3 LDC y el otro en el art. 15.2 LDC (a través del cual los jueces civiles podrían aplicar la Ley de Defensa de la Competencia), no está exento de dificultades. En primer lugar, puede objetarse que ya existe el procedimiento del art. 13 LDC como forma de lograr un resarcimiento de daños y perjuicios en estos casos; la respuesta a esto es simplemente que -como veremos en el apartado siguiente-, la virtualidad práctica de este mecanismo es bastante limitada por no decir totalmente ineficaz.

Jurídica de la Competencia y de la UE, núm. 204, Diciembre 1999, pág. 77, y FOLGUERA CRESPO, J., *op.cit.*, pág. 201; a favor también, aunque con reparos, MARTÍNEZ LAGE, S., "Sin pena ni gloria (Editorial)", *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la UE*, núm. 204, Diciembre 1999, pág. 8; escéptico, CREUS, A., "La privatización del Derecho de la Competencia", *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la UE*, núm. 200, Abril/Mayo 1999, págs. 56 y 59.

⁵⁷ MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid 1999, pág. 77.

⁵⁸ VICENT CHULIÁ, F., "Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal", *Revista General de Derecho*, núm. 589-590, 1993, pág. 10.007.



publicado en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 11 a 34.

En segundo lugar, puede objetarse que trasladando los criterios de interpretación⁵⁹ de la regla *de minimis* comunitaria (los acuerdos de menor importancia, por su propia naturaleza, no suponen en Derecho comunitario una infracción del art. 85.1 TCE porque no afectan de manera significativa a la competencia) al art. 1.3 LDC, tenemos que al no infringir dichos acuerdos el art. 1.1 LDC no puede entonces aplicarse el art. 15.2 LCD, ya que no ha habido infracción de norma alguna. Sin embargo el legislador español no dice que los acuerdos *de minimis* no infrinjan la LDC, sino que a pesar de hacerlo, faculta a los órganos de Defensa de la Competencia a no incoar expediente o a sobreseerlo para poder centrarse en los asuntos de gran relieve y calado.

Por último, el gran obstáculo *de lege data* a esta interpretación (y el motivo por el que estamos aún ante una ausencia total de precedentes), es el pronunciamiento del Tribunal Supremo que cortó de raíz cualquier intento de hacer intervenir a los jueces y tribunales ordinarios en la resolución – a título principal- de las disputas entre particulares derivadas de acuerdos colusorios o de abuso de posición de dominio (la ya citada Sentencia⁶⁰ CAMPSA). Compartimos la opinión de que la jurisdicción civil está obligada a abandonar esa jurisprudencia, y “aceptar conocer, también a título principal, de las infracciones a la LDC, al menos en los casos en los que la Administración haya rechazado la denuncia amparándose en el art. 1.3”⁶¹. Cuando los actos denunciados, siendo restrictivos, sean claramente de importancia menor, existiendo la certeza de que tanto el TDC como la propia Audiencia Nacional van a afirmar la no persecución de dichas prácticas conforme a la LDC, parece evidente que “la posibilidad de acudir al art. 15.2 de la LCD se presenta entonces como esencial para impedir que se produzca una situación de desamparo de derechos legítimos”⁶². Además, como ha sido puesto de manifiesto desde hace tiempo por la doctrina⁶³ -y recientemente recordado en la comparecencia⁶⁴ de expertos ante el Congreso de los Diputados

⁵⁹ Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el art. 85.1 del Tratado constitutivo de la CE, D.O.C.E. C 372, de 9 de diciembre de 1997.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993 (RJ 9902/1993).

⁶¹ MARTÍNEZ LAGE, S., *op.cit.*, pág. 8.

⁶² FOLGUERA CRESPO, J., *op.cit.*, pág. 225.

⁶³ CASES PALLARÉS, L., *Derecho Administrativo de la Competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1995, pág. 302.

⁶⁴ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, Economía, Comercio y Hacienda, VI Legislatura, Año 1999, pág. 23077.



con ocasión de la discusión de la Ley 52/99 de reforma de la LDC-, la jurisprudencia CAMPSA constituye una negación de la aplicabilidad directa del artículo 82 Tratado CE, y por tanto una infracción al ordenamiento comunitario, lo que puede dar lugar a un expediente de incumplimiento de Derecho comunitario.

En definitiva, "la no persecución de este tipo de acuerdos de menor importancia por la autoridad antitrust obedece a criterios de mera oportunidad; en efecto, si la conducta relevante a efectos del art. 15.2 LCD es la violación de norma reguladora de la competencia, el supuesto de hecho se integrará con la sola acreditación de un acuerdo, decisión, recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto o produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, sin que en ningún momento deba probarse que la restricción sea, además de lo anterior, sustancial"⁶⁵; por tanto, y como conclusión de este apartado, "el artículo 15.2 LCD (...) representa un camino expedito para que los jueces civiles apliquen directamente la Ley de Defensa de la Competencia"⁶⁶.

V. El aspecto procedimental de las relaciones entre la defensa de la competencia y la competencia desleal.

Es necesario, hablar finalmente –y de forma sintética, pues no es éste el objeto principal de estudio de este trabajo-, de en qué medida situarnos en uno u otro ámbito se refleja en las acciones que son ejercitables, y hablar también de cómo la superposición de ordenamientos de naturaleza jurídica distinta (uno administrativo, otro civil), con la consiguiente dualidad de procedimientos, lleva a consecuencias a veces confusas, tanto desde la perspectiva de la seguridad jurídica, como de la congruencia del sistema como, en último término, de la protección de los intereses afectados. Y, no lo olvidemos, hoy por hoy el tema de las relaciones entre la LDC y la LCD es un problema más que de concepto, de vías de protección para los afectados (lo que se ha venido en calificar la "teoría del

⁶⁵ MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid 1999, pág. 463.

⁶⁶ 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, pág. 15.



consuelo”: de nada vale que el TDC declare la ilicitud de una conducta si el perjudicado no puede obtener, al mismo tiempo, un resarcimiento de daños y perjuicios). A este respecto, el procedimiento que deben seguir los interesados por los daños causados por conductas restrictivas de la competencia, el regulado por el artículo 13 LDC ha sido calificado con acierto como “el camino interminable, o simplemente la negación del principio de acceso a la justicia”⁶⁷ y se ha dicho que, en la reciente reforma, que ha incorporado un nuevo apartado 3º a dicho artículo, “el legislador no ha comprendido el problema ni su posible solución”⁶⁸.

La complejidad de esta cuestión reside no sólo en la dificultad que a veces entraña el determinar con exactitud el contenido material de una conducta y su naturaleza jurídica, sino en que, como hemos tenido oportunidad de ver, ante una misma conducta caben en ocasiones varias posibilidades en lo que a procedimiento se refiere. A esto se añade el problema de la falta de colaboración entre los órganos de uno y otro orden - el administrativo y el jurisdiccional civil- cuando no el expreso rechazo o desatención de los pronunciamientos de Tribunal de Defensa de la Competencia por los Tribunales ordinarios, y viceversa.

Los arts. 20, 25 y 13 LDC reservan el ámbito competencial para conocer de los ilícitos antitrust en exclusiva al Tribunal de Defensa de la Competencia, que es un órgano administrativo no incardinado en el sistema judicial. Por su parte, el art. 22 LCD determina el conocimiento de los Tribunales ordinarios de los ilícitos de deslealtad, según las reglas del juicio ordinario de menor cuantía (arts. 680 a 714 LECiv.). Contra las Resoluciones del TDC cabe recurso contencioso-administrativo (que se sustancia ante la Sección 6ª de la Audiencia Nacional; contra la Sentencia de ésta cabe recurso de apelación ante el Tribunal Supremo); contra las Sentencias de los Juzgados de 1ª Instancia cabe apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial, y frente a los pronunciamientos de ésta casación ante el Tribunal Supremo.

Teniendo en cuenta que los mismos comportamientos que son perfectamente perseguibles tanto bajo la LDC pueden serlo también bajo la LCD, e incluso bajo ambas a la vez, las consecuencias prácticas de este complejo entramado de

⁶⁷ CREUS, A., *op.cit.*, pág. 55.

⁶⁸ BERENGUER FUSTER, L./GINER PARREÑO, C., *op.cit.*, pág. 33.



órganos y vías jurisdiccionales, son a modo de resumen, las siguientes⁶⁹:

1) No es admisible el ejercicio de una acción declarativa de naturaleza civil sobre materias objeto de la Ley de Defensa de la Competencia.

Ya hemos hablado de esta norma, y de la jurisprudencia al respecto; así, cuando 210 armadores de buques de pesca formularon demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de 1º Instancia nº 12 de Madrid, contra CAMPSA, y en cuyo suplico se solicitaba sentencia estimatoria por la "que se condene a CAMPSA a cesar en los actos de abuso de posición dominante...". El Juzgado declaró, en Auto de 7 de septiembre de 1989 su falta de jurisdicción para conocer de la reclamación formulada (ex art. 691 y ss. LECiv) y el sobreseimiento de proceso: lo mismo que la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid (ante quien se acudió en apelación), hasta que finalmente el Tribunal Supremo, ante quien se acudió en casación, en Sentencia⁷⁰ de 30 de diciembre de 1993 afirmó con toda rotundidad que: "*De todo ello, ha de concluirse que no resultan competentes los Juzgados y Tribunales de orden jurisdiccional civil para conocer de la pretensión contenida en el apartado primero del suplico de la demanda, por ser competencia privativa de la Administración del Estado y, dentro de ésta, del Tribunal de Defensa de la Competencia*" (Fto.Jco. 3º). En el mismo sentido, se ha pronunciado nuestro alto tribunal en Sentencia⁷¹ de 4 de noviembre de 1999 y Sentencia⁷² de 18 de mayo de 1985.

2) No se puede plantear ante la jurisdicción civil una acción de reclamación de daños y perjuicios con fundamento en la realización de prácticas anticompetitivas hasta que sea firme la declaración del Tribunal de Defensa de la Competencia⁷³.

⁶⁹ cfr., ALONSO SOTO, R., Cap. 14 - Derecho de la Competencia (II). Defensa de la Libre Competencia, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (coord.) *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1999, págs. 268 y 269.

⁷⁰ Sala 2ª, Sentencia de 30 de diciembre de 1993 (RJ 9902/1993).

⁷¹ Sala 2ª (RJ 8001/1999).

⁷² Sala 2ª (RJ 2397/1985).

⁷³ Para una explicación en profundidad del alcance de esta norma, *Vid.*, CASES PALLARÉS, L., *op.cit.*, págs. 297 y ss.



publicado en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 11 a 34.

Así por ejemplo, en la ya citada Resolución *Codorniu/Freixenet*⁷⁴, se afirma con toda claridad que *"si los denunciadores y, en general, los interesados quieren ejercitar acciones de resarcimiento, precisan de Resolución de este Tribunal, ya que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 30 de diciembre de 1993 "es menester que el ejercicio de esas acciones de resarcimiento haya sido precedido de una resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia en que se haya declarado la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas"*.

3) Sí es posible el ejercicio de acciones civiles de competencia desleal (declaración de la deslealtad, cesación, remoción o resarcimiento de daños) basadas en el ya estudiado art. 15.2 LCD.

4) No existe prejudicialidad de orden civil entre las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y las de los Tribunales ordinarios, y viceversa⁷⁵.

Así, en la Resolución *Electra Avellana*⁷⁶, afirma el Tribunal de Defensa de la Competencia con toda rotundidad: *"respecto a cómo deba afectar a lo que este Tribunal resuelva que sobre los mismos hechos denunciados hubiera, primero una litispendencia en un Tribunal ordinario y, luego, una Sentencia (...) es importante señalar que una cosa es la vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia y otra bien distinta los asuntos de orden civil conexos que puedan plantearse. Los segundos son propios y exclusivos del conocimiento del juez ordinario, pero el examen de la primera cuestión, de orden público económico, corresponde en exclusiva a este Tribunal, cuyas actuaciones son revisables únicamente por la jurisdicción contencioso-administrativa"*.

De igual modo, la ya comentada Resolución *Ambulancias de Cataluña*⁷⁷ afirma con claridad que: *"Una Sentencia dictada en un proceso civil en el que el Tribunal de Defensa de la Competencia no ha tenido intervención no puede impedir a éste*

⁷⁴ Resolución de 21 de junio de 1999, Expte. R 333/98.

⁷⁵ En el orden penal esta prejudicialidad está fuera de toda duda, ex art. 55 LDC; *Vid.*, por todos, CASES PALLARÉS, L., *op.cit.*, pág. 296.

⁷⁶ Resolución de 7 de julio de 1999, Expte. 441/98.

⁷⁷ Resolución de 29 de julio de 1999, Expte. 439/98.



publicado en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 11 a 34.

el ejercicio de la competencia que tiene atribuida por la Ley 16/1989 y que es irrenunciable (art. 6 LPA, hoy art. 12.1 Ley 30/1992)".

A su vez, los Tribunales ordinarios no están vinculados por las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, como puede apreciarse reiteradamente en la jurisprudencia. Así por ejemplo, en la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de marzo de 1998, relativa al ya citado (e interminable) problema de la venta de libros con vales descuento, afirma en su Fto.Jco. 4º que: "Las resoluciones de este Tribunal (el TDC) tienen una dimensión no vinculante para los Juzgados y Tribunales Civiles. En efecto, no puede olvidarse que dichas resoluciones deciden sobre si las conductas desleales denunciadas tienen cabida en el ámbito de aplicación del art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, es decir, tienen una dimensión estrictamente administrativa, lo que posibilitará el recurso contencioso-administrativo contra aquéllas no compartidas por alguna de las partes".

5). Finalmente, nada impide el ejercicio simultáneo de una acción declarativa de deslealtad ante los tribunales civiles y una denuncia por prácticas restrictivas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia por unos mismos hechos⁷⁸.

VI. Conclusiones.

Mucho se ha escrito sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, llevada a cabo por la Ley 52/99, de 28 de diciembre. Ha sido calificada como de reforma "ortopédica"⁷⁹ y que "ha perdido la ocasión de introducir varias e importantes mejoras técnicas"⁸⁰. Si bien es cierto que hay muchos aspectos de esa reforma dignos de mención y de interés, y algunos de ellos ya han ido saliendo en estas páginas, por el tema que nos ocupa, las relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal, haremos referencia especialmente a uno: la nueva regulación de la explotación de una situación de dependencia económica,

⁷⁸ Vid., por todos, TRONCOSO REIGADA, M., *op.cit.*, pág. 1059.

⁷⁹ BERENGUER FUSTER/GINER PARREÑO, *op.cit.*, pág. 22.

⁸⁰ MARTÍNEZ-LAGE, S., *op.cit.*, pág. 3.



ya que resume perfectamente algunas de las contradicciones de nuestro sistema, pues recibe una tipificación paralela como ilícito antitrust y como ilícito desleal.

En efecto, la prohibición de la explotación de una situación de dependencia económica en sede antitrust se considera como una de las modificaciones más importantes introducidas por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre. Sin embargo, a la luz de todo el debate que hemos reseñado en estas páginas, resulta evidente que dicha tipificación resultaba totalmente innecesaria. Si bien es cierto que en nuestra normativa antitrust no eran perseguibles las conductas abusivas cometidas por empresas no dominantes (no encajan ni en el art. 6 ni en el art. 1 LDC), con la importancia que este tipo de prácticas tiene en el sector de la distribución, no lo es menos que al estar regulada ya esta conducta en el art. 16.2 LCD, por la vía del art. 7 LDC sí podía perseguirse esa práctica si afectaba de forma sensible a la competencia.

La introducción de este aspecto concreto de la reforma de nuestra LDC, prevista para proteger a los pequeños proveedores de la fuerza ejercida por los grandes grupos comerciales, ha sido calificada por la doctrina como "oportunista y con sesgo contrario a los grandes operadores del sector minorista"⁸¹.

Desde luego, aunque la tipificación de la explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal no ha estado exenta de críticas⁸², lo que se discutía era la oportunidad de su encuadramiento sistemático en la LCD y no en el elenco de prohibiciones antitrust. En ningún momento se había propuesto la conveniencia de una tipificación paralela, por entender que, para los casos "sub-umbral"⁸³ de la LDC o "pequeño poder económico" era suficiente el art. 16.2 LCD como "función de cobertura"⁸⁴ para evitar que comportamientos no perseguibles en sede antitrust quedaran impunes⁸⁵. En el caso de que dicha explotación tuviera, además, relevancia sensible, caería en el ámbito público de los órganos administrativos antitrust sin dificultad a

⁸¹MARTÍNEZ LAGE, S., "Sin pena ni gloria" (Editorial), *Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia*, nº 204, Diciembre 1999, pág. 7.

⁸² *Vid.*, por todos, MASSAGUER FUENTES, J., "La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta*, Tomo II, Valencia 1995, págs. 2203 a 2268.

⁸³ PAZ-ARÉS, C., *op.cit.*, pág. 107.

⁸⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *op.cit.*, pág. 109.

⁸⁵ En contra de esta opinión, MASSAGUER FUENTES, J., *op.cit.*, pág. 2209 (Nota nº 10).



través del mecanismo del art. 7 LDC. Por tanto, la opción adoptada por nuestro legislador, que parece querer evidenciar así su firme determinación política de perseguir estas prácticas, desde un punto de vista de técnica legislativa, ha sido errónea.

No procede aquí un análisis exhaustivo de esta figura, y de las consecuencias de su nueva regulación⁸⁶, pues excedería el ámbito de este comentario. Baste decir que, al igual que ocurre con tantos otros aspectos de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia llevada a cabo por la Ley 52/99, la doctrina es unánime al afirmar que la nueva tipificación antitrust es innecesaria por ser su sede natural la anteriormente existente en la Ley de Competencia Desleal. Y, aunque habrá que ver cómo evoluciona y se desarrolla la "jurisprudencia" del Tribunal de Defensa de la Competencia al respecto, desde luego que para el caso que nos ocupa, no viene sino a enturbiar y complicar más una cuestión que, como hemos tenido oportunidad de ver, ya está bastante enmarañada.

En cuanto a las relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal, las conclusiones que se pueden extraer han ido ya saliendo a lo largo de estas páginas, con lo que resta simplemente sistematizarlas brevemente.

La idea principal, expresada al principio de este comentario, es que no hay en la actualidad ningún motivo que justifique la existencia de ambos ordenamientos en cuerpos legislativos separados. Los motivos históricos que dieron lugar a esta separación carecen de vigencia hoy en día, y del acercamiento conceptual que ambas disciplinas han experimentado debería seguirse el correspondiente acercamiento legislativo.

Bien es cierto que el legislador español ha previsto los necesarios "mecanismos de cierre" del sistema que, en ausencia de fórmulas mejores, solucionan el problema de posibles lagunas jurídicas y situaciones de indefensión o ausencia de tutela de intereses legítimos fruto de los vacíos existentes cuando ambos ordenamientos se superponen.

⁸⁶ Vid., en este sentido, PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto", *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la UE*, núm. 205, Enero/Febrero 2000, págs. 33 a 40.



publicado en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 11 a 34.

El Tribunal de Defensa de la Competencia puede aplicar la Ley de Competencia Desleal a través del art. 7 LDC, cuando el ilícito desleal falsea además la competencia de manera sensible, y los Tribunales ordinarios *deberían* (está claro que hoy por hoy existen demasiadas dificultades prácticas para ser más categóricos en este aspecto) poder aplicar la Ley de Defensa de la Competencia a través del art. 15.2 LCD cuando los acuerdos o prácticas restrictivas no se consideran suficientemente relevantes como para iniciar un procedimiento en sede antitrust.

Finalmente, quedan algunas cuestiones en esta área sobre las que habrá que seguir profundizando a través de estudios doctrinales y una línea jurisprudencial coherente para dar solución a problemáticas que no están, ni mucho menos, resueltas, como la interpretación de la regla *de minimis* de nuestro ordenamiento, el resarcimiento de daños y perjuicios, la calificación jurídica de las conductas restrictivas, los pronunciamientos contradictorios de diferentes órdenes jurisdiccionales sobre una misma conducta o la tipificación paralela como ilícito desleal y práctica anticompetitiva de la explotación de una situación de dependencia económica.