

Facultad de Derecho y RR.II.

Dr. Fernando Díez Estella

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Asignatura: Competencia y mercado



Unidad Didáctica 06. Falseamiento de la competencia por actos desleales



GLOBAL CAMPUS
NEBRIJA



Fernando Díez Estella
Profesor

Contenido

<u>1. Introducción</u>	<u>3</u>
<u>2. Las relaciones entre la LDC y la LCD</u>	<u>3</u>
<u>3. Antecedentes normativos y actual configuración</u>	<u>5</u>
<u>4. Análisis de la prohibición del art. 3 LDC</u>	<u>7</u>
<u>5. Conclusiones</u>	<u>10</u>

1. Introducción

La cuestión que va a ser objeto de estudio en este tema del programa, el ilícito antitrust tipificado en el art. 3¹ de la Ley 15/2007, de 2 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), es una cuestión que, a modo de introducción, podemos calificar como abierta y compleja.

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

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

2. Las relaciones entre la LDC y la LCD

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

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

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

1) En cuanto a la función que cumplen, la normativa antitrust persigue la ordenación del mercado para lograr el máximo de eficiencia, mientras que la normativa de deslealtad persigue

¹ Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales. *La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.*

fundamentalmente la ordenación de la profesión. El bien jurídico protegido es en el primer caso la libertad de empresa, mientras que en el segundo es la deontología profesional.

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

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

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

Se puede hablar por tanto, de una «tríada de intereses» protegidos: los intereses individuales de los competidores, los intereses colectivos de los consumidores, y los intereses generales del mercado, cuya tutela informa todo el Derecho de la competencia desleal español. Ello es así porque la protección de cualquiera de ellos produce la protección refleja de los demás.

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

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

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

En cualquier caso es evidente que la práctica y el tráfico mercantil van a provocar situaciones

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

En el segundo caso, se prevé precisamente como uno de los tipos del catálogo de conductas desleales la infracción de normas que regulan la actividad concurrencial, entre las cuales, por delante de cualquier otra, podemos situar a la propia Ley de Defensa de la Competencia. Así, según este planteamiento, un acuerdo colusorio, un abuso de posición dominante, ¿son actos de competencia desleal por infracción de normas, ex art. 15 LCD? Por el carácter general de la LCD respecto de la LDC, un amplio sector doctrinal entiende que toda infracción de la LDC, es infracción también de la LCD, y por tanto es perfectamente posible sostener que todas las conductas colusorias o abusivas son *per se* conductas desleales.

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

3. Antecedentes normativos y actual configuración

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

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

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

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

En la reforma a la que se ha hecho ya referencia, del año 1999, se precisó aún más la exigencia de afectación del falseamiento sensible de la competencia, exigiendo la redacción del art. 7 otorgada por la Ley 52/1999 que la conducta desleal ocasionara una “distorsión grave” de las condiciones de competencia en el mercado y que, en todo caso, afectara al interés público. Puede fácilmente apreciarse que esta reforma no supuso ningún cambio sustancial en el precepto, ni en cuanto a su ámbito de aplicación.

El actual art. 3 LDC es, como ya se ha señalado, muy próximo a su precedente más inmediato, el art. 7 LDC 1989, ya que comparte con éste tanto su alcance sustantivo como la orientación político-legislativa de la norma, configurando el falseamiento de la libre competencia a través

de actos desleales como una práctica prohibida por nuestra normativa antitrust, que viene a añadirse a las clásicas de los acuerdos restrictivos de la competencia y las conductas de abuso de posición dominante.

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

Estas son las dos novedades que introduce, en la redacción del precepto, la vigente Ley 15/2007, aunque es preciso señalar que la mera existencia del art. 3 LDC es ya una novedad en sí misma, pues durante el proceso de reforma de la LDC que se vivió en nuestro país a partir de la publicación del Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, el debate que la pervivencia de este artículo suscitó fue ciertamente intenso, y fueron también muchas las voces que se alzaron postulando su eliminación de la futura LDC.

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

- 1) los actos de competencia desleal reflejan un conflicto entre particulares, y por tanto deben conocerse en la jurisdicción ordinaria, no en sede administrativa;
- 2) eliminando el art. 7 de la LDC se evitaba destinar los siempre escasos recursos de la Administración pública en la defensa de intereses que sólo lo son de particulares, pudiendo por tanto las autoridades de competencia centrar sus recursos en las prácticas restrictivas más graves;
- 3) la escasa aplicabilidad del precepto desde la promulgación de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia;
- 4) la falta de seguridad jurídica dimanante de la posibilidad de dos procesos paralelos ante jurisdicciones distintas, la ordinaria y la administrativa;
- 5) lo complicado –cuando no artificial- que resultaba establecer una diferencia entre la existencia de una distorsión grave de las condiciones de competencia y la afectación del interés general;
- 6) la coherencia con el ordenamiento Comunitario de Defensa de la Competencia;
- 7) el hecho de que, realizadas desde posición de dominio, las prácticas desleales fácilmente pueden subsumirse en el tipo ya existente del abuso del entonces art. 6 LDC.
- 8) finalmente, y desde una perspectiva académica y de pura técnica legislativa de la morfología del ilícito, se ha objetado que se trataba –el art. 7 LDC- de un ilícito *mixto* o *bifronte* que por su doble contenido desleal y antitrust desembocaba en una deformación tipológica de las estructuras morfológicas de los ilícitos concurrentiales clásicos.

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

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

- 2) la virtualidad del precepto para la eficaz represión de prácticas anticompetitivas que no tenían encaje en los arts. 1 y 6 LDC era patente; y más lo sería en el futuro próximo, en el que fruto de la irrupción de las Nuevas Tecnologías en los mercados serían más frecuentes las posibilidades de una distorsión seria de la competencia por empresas sin poder de mercado (en el sentido de grandes cuotas), a través de comportamientos unilaterales de compañías no dominantes;
- 3) gracias a este precepto quedaba salvaguardada la legitimación de la Administración para actuar en defensa del interés público en supuestos como los citados anteriormente, y que a modo de ejemplo pueden ser actos de boicot, la explotación de una situación de dependencia económica o los precios predatorios;
- 4) la cuestión de la «doble jurisdicción» y las resoluciones contradictorias no era problema sólo de este precepto; afectaba al conjunto de la normativa española de Defensa de la Competencia, y estaba –entonces- pendiente de una profunda revisión que «encaje» la descentralización y judicialización operada por el Reglamento 1/2003 con la creación en nuestro país de los Juzgados de lo Mercantil, y el problema –pendiente entonces de resolver- del resarcimiento de daños y perjuicios en el ámbito antitrust derivado del art. 13.1 LDC 1989;
- 5) la inaplicabilidad –entonces- del precepto no parecía motivo suficiente para suprimir una norma que gozaba de una amplia tradición en el Derecho español, y que operaba a modo de conexión funcional u operativa entre los dos grandes textos legales de nuestro ordenamiento concurrencial: la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal.

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

4. Análisis de la prohibición del art. 3 LDC

Como ya se ha ocupado de señalar la propia Comisión Nacional de Competencia en sus Resoluciones más destacadas² sobre este artículo, la del art. 3 LDC es una conducta prohibida como lo son las de los artículos 1 (acuerdos restrictivos) y 2 (abuso de posición dominante) de la LDC. Se configura, por tanto, este ilícito, como un tipo antitrust propio, no limitándose el precepto a extender el ámbito de las funciones de los órganos de defensa de la competencia y el ámbito de aplicación de los procedimientos y sanciones previstos en nuestra normativa antitrust al control y sanción de determinados actos de competencia desleal.

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

² RCNC *Imsero* – *Once*, de 4 de septiembre de 2008, Expte. S/0015/07.

Así, las primeras Resoluciones de la CNC recaídas en esta materia, aunque en la mayor parte de las ocasiones han terminado sin acreditar la existencia de una conducta prohibida, han exigido de forma implícita o explícita, pero continuada y consistente, que para la aplicación del art. 3 LDC es preciso que la conducta en cuestión provoque un tipo de distorsión de la competencia que tiene que ser grave, sensible o sustancial³. Y esto, con independencia del mercado o sector en que tenga lugar dicha conducta, pues han recaído Resoluciones en el ámbito de la enseñanza universitaria⁴, la gran distribución⁵, los transportes⁶, la actuación de las patronales⁷, la regulación de la actividad comercial⁸, los derechos de propiedad intelectual e industrial⁹, la televisión¹⁰ o la música¹¹.

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

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

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

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

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

Por desgracia, en los más de diez años ya que lleva en funcionamiento la actual CNMC,

³ RCNC *La tienda en casa*, de 30 de noviembre de 2007, Expte. S/0013/07.

⁴ RCNC *Universidad Politécnica de Madrid*, de 22 de febrero de 2008, Expte. 2787/07.

⁵ RCNC *LIDL Supermercados*, de 3 de marzo de 2008, Expte. S/0049/08.

⁶ RCNC *Tu Billete*, de 11 de marzo de 2008, Expte. S/0041/08.

⁷ RCNC *Cámaras de Comercio*, de 18 de abril de 2008, Expte. S/0050/08.

⁸ RCNC *Venta de Aceites de Grandes Superficies*, de 10 de noviembre de 2009, Expte. S/0160/09.

⁹ RCNC *Mediaproducción – Gestevisión*, de 2 de julio de 2008, Expte. S/0016/07.

¹⁰ RCNC *La Sexta*, de 28 de julio de 2009, Expte. S/0151/08.

¹¹ RCNC *Word Premium Rates – Opera*, de 9 de febrero de 2009, Expte. S/101/08.

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

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

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

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

apenas ha tenido todavía oportunidad de pronunciarse¹⁶ sobre este ilícito, ya que ha archivado la inmensa mayoría de los expedientes que se le han planteado en aplicación del art. 3 LDC. por lo que no pueden extraerse reglas sobre sus criterios de interpretación. Aunque posiblemente sea revocado en revisión judicial, el último pronunciamiento en este sentido es la RCNMC *Agic* (Expte. S/DC/0552/15) de 20 de junio de 2019, y que le supuso a Endesa una multa de más de 5 millones de euros, amparada en la infracción, ni más ni menos, ¡que del art. 4 LCD, es decir, la cláusula general, de buena fe!

En efecto, de las 54 resoluciones recaídas en aplicación del art. 3 LDC (aquí incluimos los expedientes cuya instrucción ha llevado a cabo el SAMAD) salvo otra terminación convencional (en el expediente *Agic Gnsur*¹⁷) y dos únicas sanciones (en los casos *AGIC*¹⁸ y *AUDAX Renovables*¹⁹), la CNMC ha declarado la no existencia de infracción en la práctica totalidad de expedientes.

En las fechas en que se escriben estas líneas, se han resuelto tres de los últimos expedientes sancionadores por art. 3 LDC que había incoados.

El primero, en relación con las líneas de financiación ICO²⁰ que se ofrecieron durante la pandemia de la Covid19, resuelve no declarar acreditada la infracción del art. 3 LDC, en la Resolución²¹ de 22 de junio de 2023, *Préstamos ICO Covid*, ya que sólo se considera acreditada la existencia de actos aislados de competencia desleal que no pueden generar la necesaria afectación significativa a la competencia.

El segundo, que se había incoado contra las empresas Booking, Amazon y Tripadvisor, por presuntos actos de competencia desleal por falsedad de los datos utilizados por empresas para valorar sus productos y servicios en detrimento de otros empresarios que no utilicen estos mecanismos, alterando con ello la libre competencia con infracción de la normativa de competencia desleal, ha culminado -una vez más- en archivo de las actuaciones, a través de la Resolución²² de 6 de noviembre de 2023, *Opiniones Falsas Plataformas*.

Y el tercero, también incoado²³ contra la empresa *Booking*, en esta ocasión por presuntas prácticas anticompetitivas consistentes en la imposición de condiciones inequitativas a los hoteles situados en España, así como la explotación de la situación de dependencia económica de los hoteles situados en España con respecto a la popular plataforma. La primera práctica sería una infracción del art. 2 LDC, y la segunda una infracción del art. 3 LDC. En fechas muy recientes, la CNMC ha dictado la Resolución²⁴ de 29 de julio de 2024, considerando acreditada la práctica de abuso de posición de dominio, pero declarando el archivo (apartado nº 83) del expediente en lo relativo a la infracción del art. 3 LDC.

Este significativo balance de (in)aplicación del art. 3 LDC por parte de la CNMC en sus más de diez años de existencia, y que ha sido puesto de manifiesto por los autores²⁵ que han estudiado en profundidad la praxis decisoria de nuestra autoridad de competencia (también

¹⁶ Es elocuente el hecho de que, transcurridos estos más de diez años de existencia de la CNMC, la gran mayoría de Resoluciones que hasta la fecha se han dictado en "(in)aplicación" del art. 3 LDC hayan sido de archivo de las actuaciones.

¹⁷ RCNMC de 11 de octubre de 2018, *AGIC GNSUR*, Exp. S/DC/0630/18.

¹⁸ RCNMC de 20 de junio de 2019, *AGIC*, Exp. S/DC/0552/15.

¹⁹ RCNMC de 5 de octubre de 2022, *AUDAX RENOVABLES*, Exp. S/0013/20.

²⁰ Nota de prensa de la CNMC: <https://www.cnmc.es/prensa/investigacion-creditos-ICO-20201223>

²¹ RCNMC de 22 de junio de 2023, *Préstamos ICO Covid*, Exp. S/0016/20.

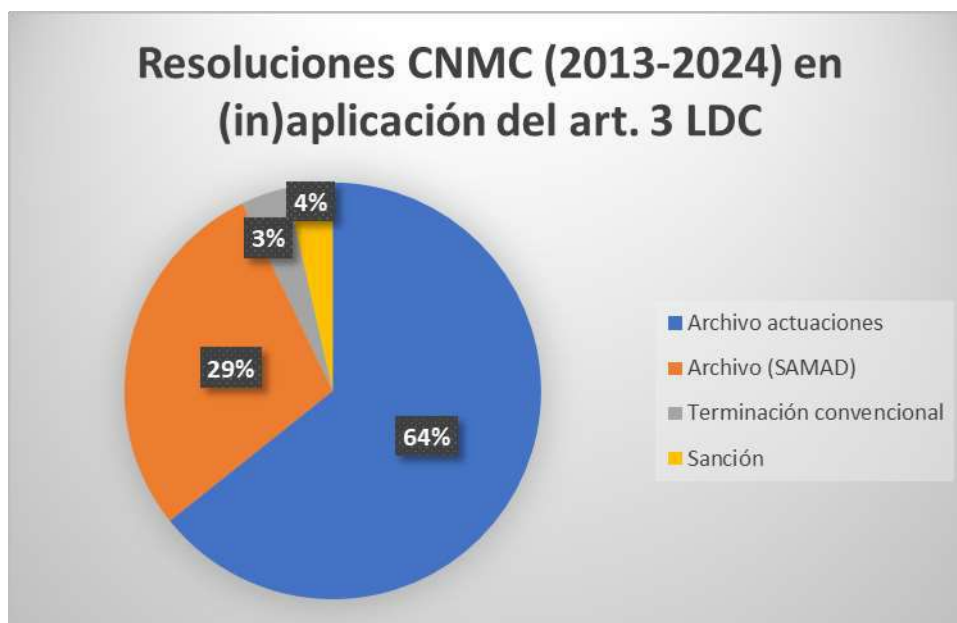
²² RCNMC de 6 de noviembre de 2023, *Opiniones Falsas Plataformas*, Exp. S/0053/19.

²³ Nota de prensa de la CNMC: <https://www.cnmc.es/prensa/incoacion-booking-20221017>

²⁴ RCNMC de 29 de julio de 2024, *Booking*, Exp. S/0005/21.

²⁵ *Vid.*, SAN MARTÍN CALVO, M. y RICO GONZÁLEZ, J.C.: «Las sanciones administrativas en relación con las prácticas de competencia desleal», *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2021, n.º 5, pág. 13; MARCOS FERNÁNDEZ, F.: «Análisis sistemático de la aplicación pública del Derecho de la Competencia por las autoridades nacionales en España 2003-2022», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 2023, n.º 32.

su predecesora inmediata, la CNC) queda así gráficamente representado:



5. Conclusiones

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

El origen de este pronunciamiento es la denuncia presentada por la compañía Retevisión el día 2 de abril de 1998 contra la compañía Telefónica, por una presunta vulneración de la LDC consistente en un abuso de posición dominante, prohibido por el entonces art. 6 LDC 1989. El TDC dictó Resolución²⁶ de 8 de marzo de 2000, imponiendo al operador de telefonía la sanción hasta entonces más alta en la historia del Derecho antitrust en España: 1.400 millones de pesetas (8.414.169,4 €).

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

Siguiendo la postura de la “deslealtad cualificada”²⁷, a la que ya se ha hecho referencia, el TDC llega a la conclusión de que la campaña “Planes Claros”, por su intención anticompetitiva y su contenido desleal constituyó un abuso de posición dominante. Es llamativo que, en el contexto de una extensa Resolución, y ante la imposición de una multa record, el TDC no lleva a cabo un examen detenido de si concurren los requisitos que conformaban el tipo del art. 7 LDC 1989, sino que califica la campaña publicitaria como desleal, constata la posición dominante de Telefónica, y concluye que desde dicha posición la referida conducta es

²⁶ Resolución de 8 de marzo de 2000, *Telefónica – Retevisión*, Expte. 456/99.

²⁷ *Vid.*, por todas, Resolución de 31 de mayo de 1995, Expte. R 114/1995, *Enoquisa*.

abusiva.

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

Este pronunciamiento fue igualmente recurrido ante el Tribunal Supremo, quien en Sentencia de 20 de junio de 2006 anuló en todos sus términos la Resolución del TDC. En cuanto a la posible deslealtad de la campaña de publicidad “Planes Claros” y la delimitación material del art. 7 LDC 1989, señala el TS (en su Fundamento Jurídico 10º):

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

Nos ha parecido oportuno transcribir esta larga cita, porque marca un precedente (que no tardó apenas un año en consolidarse como jurisprudencia²⁸) esencial para la correcta comprensión del art. 3 LDC: una conducta desleal realizada por un operador con posición de dominio no constituye automáticamente un abuso de posición dominante.

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

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

Estas y otras muchas cuestiones nos llevan a concluir²⁹, necesariamente, que la vigencia de este peculiar ilícito del “falseamiento de la competencia por actos desleales” en nuestro ordenamiento antitrust es, cuando menos, cuestionable. Si cabía argumentar una serie de

²⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de 31 de enero de 2007, Rec. 162/2004, anulando la Resolución del TDC, de 1 de abril de 2004, *Telefónica – Astel*, Expte. 557/03, en la que la AN se limita a transcribir literalmente párrafos de la STS “Planes Claros” y los aplica al asunto de autos.

²⁹ Puede encontrarse un desarrollo más extenso de toda esta argumentación en DÍEZ ESTELLA, F.: “Capítulo 12. El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales”, en BENEYTO, J.M. y MAILLO, J. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, Ed. Bosch, págs. 505 a 554, Madrid 2017.

razones a favor de su pervivencia en el período de vigencia de la Ley 16/1989, dicha postura se debilita enormemente con la existencia, a partir del Reglamento 1/2003 en Europa y la Ley 15/2007 en España, de ese movimiento “privatizador” del Derecho de la competencia, y la atribución –a partir del art. 86 ter de la LOPJ, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio- a los Juzgados de lo Mercantil de la aplicación de la normativa antitrust.

Por tanto, dado que con este cambio de orientación que está experimentando el Derecho antitrust en nuestro país, lo dispuesto en el artículo 3 de la LDC bajo la rúbrica “falseamiento de la competencia por actos desleales” es una redundancia de lo establecido en los artículos 1 y 2, y por tanto, si tenemos en cuenta la inaplicabilidad de este precepto –y sus predecesores más inmediatos- a lo largo de su vigencia, unido al elemento de confusión y desdibujamiento de las fronteras entre los intereses privados y los públicos, así como la mezcla entre la tutela jurisdiccional y la propia del orden administrativo; si queremos que realmente nuestra normativa interna esté alineada con la normativa comunitaria, la mejor opción legislativa es la derogación del artículo 3 LDC.

Hasta cierto punto, esta propuesta normativa que aquí planteamos es conforme con el texto del Proyecto de Ley de Código Mercantil (2014), que en la redacción propuesta por la Comisión de Codificación primero extraía esta conducta del Capítulo en el que regula los ilícitos contrarios a la Defensa de la Competencia, y pasaba a regularla en el apartado correspondiente a las acciones procesales ejercitables, para suprimirla definitivamente en el texto del Anteproyecto de Ley que el Gobierno ha remitido a las Cortes.

La voluntad del legislador, en este sentido, parece inequívoca, y salvo que en el trámite parlamentario reaparezca de alguna forma el proyectado artículo 342-2.2º, todo apunta a que el vigente artículo 3 LDC tiene sus días contados, y la prohibición en nuestra normativa antitrust del falseamiento de la competencia por actos desleales está llamada a desaparecer de nuestro ordenamiento.