Pasado, presente y futuro del artículo 3 LDC

Autores[1]**:**

Beatriz de Guindos Talavera, Técnico Comercial y Economista del Estado, Directora de Conocimiento y Contenidos de ICEX, Directora de la Competencia de la CNMC julio 2018-septiembre 2021

Carmen M. Cerdá Martínez-Pujalte, Subdirectora de Cárteles y Clemencia, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Doctora en Derecho

Resumen:

El artículo analiza la evolución del artículo 3 de la de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC 2007) —y su antecedente en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia (LDC 1989)—, un precepto que ha suscitado un constante debate doctrinal. A partir de su desarrollo normativo y aplicación práctica, se examina su función como instrumento de cierre del sistema y se pone de relieve su utilidad para preservar la competencia efectiva en contextos actuales especialmente sensibles a la aparición de prácticas desleales con impacto estructural.

Palabras clave:

Política de la competencia, competencia desleal, interés público, sectores regulados, integración vertical, mercados de red, mercados digitales.

Códigos JEL:

K21, K23, K42, L40, L41, N44

[1] Las opiniones expresadas en el artículo pertenecen a los autores y no representan necesariamente la posición de las instituciones de las que forman parte.

1. Introducción

Desde 1996, año de publicación del primer Anuario de Competencia, hasta el momento actual, tres décadas más tarde, el Derecho de la competencia en España, y en todo el mundo, ha experimentado una profunda transformación.

En efecto, el Derecho de la competencia ha evolucionado en respuesta a significativas transformaciones económicas y a sucesivas crisis que han alterado las dinámicas de los mercados. El proceso de liberalización económica de los años 90, la consolidación de las reformas estructurales en la primera década del siglo XXI y, posteriormente, la globalización, la digitalización y la creciente importancia de los activos intangibles (datos, algoritmos, propiedad intelectual, talento) han modificado sustancialmente la estructura competitiva, favoreciendo procesos de concentración y la consolidación de mercados con fuertes efectos de red y tendencias a la dominancia.

Todos estos cambios han venido acompañados de una evolución del marco jurídico y de la práctica decisoria de las autoridades de competencia, que, a medida que han acumulado experiencia, han debido enfrentarse a casos cada vez más sofisticados, lo que se ha traducido en una progresiva reorientación desde los mecanismos tradicionales de *enforcement* —particularmente en materia de cárteles— hacia instrumentos más diversos, como el control de concentraciones, abusos de posición dominante cada vez más complejos o mecanismos de intervención preventiva.

No obstante, algo que no ha cambiado lo más mínimo a lo largo de estas tres décadas es el debate doctrinal que siempre ha generado la aplicación, incluso la mera existencia, del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC 2007) y su antecesor, el artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia (LDC 1989), sin parangón en Derecho comunitario.

A pesar de las constantes críticas que durante toda su existencia ha cosechado[2], se ha afirmado, no sin razón, que este precepto vendría a constituir una norma de cierre del sistema de defensa de la competencia, al dotarlo de un instrumento disuasorio, particularmente, frente a conductas unilaterales de empresas no dominantes que, desde una posición fuerte o significativa, pretendan adueñarse del mercado mediante métodos desleales[3].

Pues bien, partiendo de las transformaciones experimentadas en las últimas décadas y de la singularidad del propio precepto, el presente artículo adopta una perspectiva analítica del

[2] V., entre otros, MONTAÑA, M. "Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales", en ODRIOZOLA, M. (Dir.), IRISSARRY, B. (Coord.), *Derecho español de la competencia, Barcelona*, 2008, pp. 194-196 y, más recientemente, DÍEZ ESTELLA, F. *Las prácticas anticompetitivas en el Derecho español: arts. 1, 2 y 3 LDC,* Barcelona, 2024, pp.321-392.

[3] ALONSO SOTO, R. "Competencia desleal y defensa de la competencia en España", *Información Comercial Española*, núm. 750/96, febrero, p. 14; COSTAS COMESAÑA, J. "Los actos desleales contrarios al interés público", en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Valencia, 2008, p. 71 y ss. En contra, MASSAGUER, J.; "Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales", en MASSAGUER, J./FOLGUERA, J./SALA ARQUER, J.M./GUTIÉRREZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Pamplona, 2008, pp. 204-2005.

mismo que abarca, fundamentalmente, desde la LDC 1989 hasta la actualidad, en línea con las tres décadas del Anuario de Competencia que motivan este trabajo. Desde este enfoque, se examinará la evolución normativa del precepto y su aplicación práctica, así como la progresiva delimitación de los requisitos típicos del ilícito durante todos estos años de aplicación. Sobre esta base, se analizará, especialmente, su proyección en sectores propensos a comportamientos desleales, en muchos casos durante su proceso de liberalización y, finalmente, se ofrecerá un análisis crítico del debate doctrinal en torno a la conveniencia de su mantenimiento y posibles vías de aplicación futura en un entorno económico en constante transformación.

2. La evolución normativa de la prohibición de las conductas prohibidas por actos de competencia desleal en el ordenamiento español

La LDC 1989, junto a los supuestos clásicos de prohibición colusorio y abusivo, incorporó, en su artículo 7, al elenco de prácticas prohibidas el supuesto que ahora nos ocupa, esto es, **el falseamiento de la libre competencia por actos desleales**, sin precedente en nuestra anterior legislación de la competencia, Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (Ley 1963), ni en la legislación comunitaria de competencia. El tenor original del precepto rezaba del siguiente modo:

> *Artículo 7. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.*
>
> *El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público.*

Se configuraba así un nuevo ilícito *antitrust* que tenía por objeto la represión de ciertos comportamientos desleales que reunieran determinadas condiciones, en particular, aquellos actos de competencia desleal que, al falsear de manera sensible la libre competencia, afectaran al interés público. No obstante, desde su origen quedó claro que no se trataba de una represión general de todos los ilícitos desleales, cuya regulación se contiene en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD) y cuya persecución corresponde a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, sino de una intervención limitada a supuestos con relevancia para la estructura o funcionamiento del mercado.

En consecuencia, puede decirse que, a partir de la entrada en vigor de la LDC 1989, el campo de acción de la autoridad española de competencia es triple: en primer lugar, las prácticas colusorias; en segundo término, las prácticas abusivas y, en tercer lugar, las prácticas desleales que afecten al interés público. El artículo 7 fue, por lo tanto, a nuestro juicio, norma

constitutiva de un nuevo ilícito *antitrust* con plena autonomía tipológica[4], configuración que ha persistido hasta la actualidad[5].

Una década más tarde, mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, la redacción original fue reformulada en los siguientes términos:

> *Artículo 7. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.*
>
> *1. El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias:*
>
> *a) Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.*
>
> *b) Que esa grave distorsión afecte al interés público.*
>
> *2. Cuando, a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia, no concurran dichas circunstancias, procederá al archivo de las actuaciones.*

Como se puede observar, esta nueva redacción, sin suponer un cambio sustancial en sus requisitos de aplicación, reforzaba la idea de que el falseamiento o distorsión de las condiciones de competencia en este ámbito debían de ser especialmente graves. La propia Exposición de motivos de la ley de reforma lo expresaba del siguiente modo: *"[L]a aprobación con posterioridad a la Ley 16/1989 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, aconseja establecer claramente que la actuación de los órganos de competencia en relación con el artículo 7 de la Ley 16/1989 debe limitarse a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo."*

Finalmente, dado que el *Libro Blanco para la Reforma del Derecho español de Defensa de la Competencia* de 2005 abogaba por su eliminación del elenco de prácticas prohibidas o su aclaración[6], la prohibición de actos desleales en sede *antitrust* se mantuvo en el artículo 3 de la vigente LDC 2007 con la siguiente redacción:

[4] MASSAGUER, J. "Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales", op.cit. p. 434.

[5] Su configuración ha sido objeto de controversia en la doctrina, A. CASADO NAVARRO, "El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Art. 3 LDC)", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 22, 2018.

[6] DÍEZ ESTELLA, F. "¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?", La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 5, 2005, pp. 1284-1296.

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.

Las principales novedades de esta última redacción radican, por un lado, en la incorporación de los órganos autonómicos de competencia como autoridades competentes para la aplicación del precepto y, por otro, en la supresión de la cualificación del requisito de falseamiento, que deja de caracterizarse como *sensible* o *grave*.

Esta exigencia de especial cualificación, presente en la primera versión de la LDC 1989 (*sensible*) y particularmente reforzada en la segunda, introducida por la Ley 52/1999 (*grave*), ha respondido, como ha reconocido la exposición de motivos de la reforma, por la necesidad de, una vez desligado el tipo de las prácticas colusorias o abusivas (como sucedía en la Ley 1963), subrayar la ineludible distinción entre aquellos actos desleales que, por las concretas circunstancias en las que se desarrollan y por los efectos que producen, tengan realmente una trascendencia institucional, de aquellos que deban seguir teniendo exclusivamente una respuesta en el ámbito jurídico-privado. Ahora bien, las dificultades interpretativas que suscitaron dichos adjetivos, junto con la abundante doctrina emanada de la autoridad de competencia sobre los supuestos de aplicación e inaplicación del precepto ya existente en 2007, y la introducción en la LDC 2007 de una ambiciosa regulación de las conductas de menor importancia[7], aconsejaron la supresión de dicha calificación, por resultar en buena medida redundante.

Asimismo, la sentida necesidad de delimitar con precisión el ámbito de la aplicación privada y pública de los actos desleales ha conducido a que tanto la propia literalidad del precepto —en sus versiones de 1989 y 2007—, como la doctrina y los órganos encargados de su aplicación hayan identificado dos requisitos adicionales para su aplicación, junto a la existencia de un acto de competencia desleal: el falseamiento de la libre competencia y la afectación al interés público. A nuestro juicio, sin embargo, una correcta exégesis del precepto permite concluir que, en realidad, son dos las condiciones sustantivas exigidas: de un lado, la existencia de un acto anticoncurrencial en el mercado y, de otro, que dicho acto afecte al interés público protegido por la LDC. Ello no implica negar la operatividad del requisito relativo al falseamiento de la competencia, sino cuestionar su autonomía funcional respecto de la afectación al interés público, pues el interés público tutelado por la LDC no es otro que garantizar, preservar y promover la existencia de una competencia efectiva y no falseada en el mercado[8]. La última práctica decisoria de la autoridad española de competencia e incluso

[7] Art. 5 de la LDC 2007 en conjunción con arts. 1, 2 y 3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

[8] CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. "Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público", *Anuario de la Competencia*, 2014, pp. 203-204.

algún pronunciamiento judicial reciente, como se verá más adelante, parecen ratificar esta interpretación, subrayando la indiscutible relevancia de este último requisito como auténtico elemento definidor de la prohibición[9].

En definitiva, pese al intenso debate que el precepto ha generado bajo ambas leyes y que aún suscita en la actualidad, su prolongada vigencia permite apreciar una razonable unanimidad en torno a tres ideas relevantes. Por un lado, no resulta arriesgado afirmar que la competencia atribuida a las autoridades *antitrust* para examinar aquellas conductas desleales contrarias al interés público tutelado por la LDC constituye, en nuestro ordenamiento, una tradición histórica consolidada. Por otro, existe también consenso en que la tipificación de este ilícito *antitrust* no descansa tanto en el carácter desleal de la conducta, sino, de manera decisiva, en los efectos que dichos actos puedan producir en el mercado. Por último, la doctrina ha venido subrayando de forma mayoritaria el carácter limitado —cuando no residual— de su aplicación práctica, en relación con las prácticas colusorias y abusivas, lo que, a nuestro entender, no debería de sorprender dada la centralidad indiscutible que tienen, en sede *antitrust*, las prohibiciones de acuerdos restrictivos y abusos.

3. La aplicación práctica de la prohibición de conductas por competencia desleal por parte de la autoridad española de defensa de la competencia

Como se ha señalado, desde su aparición en 1989, la prohibición objeto de análisis no se extiende a todos los actos de competencia desleal, sino únicamente a aquellos que, atendidas sus circunstancias específicas, producen efectos cualificados sobre la estructura o el funcionamiento competitivo del mercado en cuestión. Así lo expresó con claridad el TDC en su Resolución de 9 de febrero de 1998: *"Porque el Art. 7 no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados. De esto se encarga la Ley de Competencia Desleal. El Art. 7 es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado"*[10]. O, más recientemente, el Consejo de la CNMC en su Resolución de 4 de octubre de 2024: *"el artículo 3 de la LDC supone que, desde la perspectiva de la legislación de competencia, la autoridad de competencia sólo está facultada para realizar el reproche de deslealtad a que se refiere dicho precepto cuando la conducta enjuiciada, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado, que es el interés público tutelado por la LDC"*[11].

De ahí la centralidad del requisito de la afectación del interés público para un correcto ejercicio de la potestad sancionadora en relación con los actos de competencia desleal por parte de órganos administrativos.

[9] En este mismo sentido, la Sentencia de la AN de 10 de octubre de 2023, núm. rec. 1550/2019.

[10] Expte. 368/95, VETERINARIOS AMBULANTES. Dicha resolución fue posteriormente anulada por la AN, en su Sentencia de 29 de enero de 2003, núm. rec. 761/1998.

[11] Expte. S/0001/21, PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS.

Desde esta perspectiva, el primer juicio que debe realizar la autoridad de competencia al plantearse la aplicación de esta prohibición ha de referirse, precisamente, a la concurrencia de dicho requisito, incluso con carácter previo al análisis de la eventual deslealtad de la conducta conforme a la normativa de competencia desleal[12], lo que resulta no solo razonable, sino también eficiente: si no se aprecia una perturbación significativa de la libre competencia, carece de sentido examinar si concurre un acto desleal[13].

Este modo de proceder presenta, a nuestro juicio, claras ventajas[14]. En primer lugar, contribuye a preservar la coherencia del ordenamiento, al evitar que los órganos administrativos realicen interpretaciones innecesarias de normas tradicionalmente reservadas al ámbito jurisdiccional. En segundo lugar, reduce el riesgo de que una eventual calificación incorrecta de la conducta como desleal impida sancionar comportamientos que, en realidad, sí lesionan el interés público de la libre competencia. Cuestión distinta es que, por razones de coherencia sistemática con la redacción del precepto, el análisis se presente a menudo en las correspondientes resoluciones siguiendo el orden formal del mismo.

En virtud de lo anterior y de la relevancia del segundo de los requisitos para la aplicación del tipo analizado, esta será también la secuencia que se seguirá a continuación, comenzando por el examen del requisito de afectación al interés público y, en segundo término, por la existencia de un acto de competencia desleal.

Profundización en el concepto de falseamiento de la competencia que afecte al interés público

Las sucesivas formulaciones de este requisito en las distintas versiones del precepto —que por falsear de manera sensible la libre competencia afectan al interés público; que distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que esa grave distorsión afecte al interés público y, por último, que por falsear la libre competencia afecten al interés público — ponen de relieve, ya desde un plano normativo, la dificultad inherente a la delimitación de las dos variables que lo integran, a saber, el falseamiento de la libre competencia y la afectación del interés público, así como la persistente confusión que ha presidido su interpretación y aplicación hasta la actualidad.

Tradicionalmente, tanto la práctica decisoria de la autoridad como la jurisprudencia y la doctrina han venido identificando, al respecto, con nitidez dos requisitos diferenciados[15]. No obstante, en su aplicación concreta se advierte desde sus inicios una significativa imprecisión en la delimitación de sus contornos respectivos. Así, por ejemplo, en la RTDC de 19 de noviem-

[12] Expte. S/DC/0570/15 APROVISIONAMIENTO DIA/EROSKI; expte. S/DC/0581/16 LICITACIÓN ESA; expte. S/0635/18 KAIKU; expte. S/0651/18 EQUIPAJE DE MANO.

[13] Expte. S/0151/09 LA SEXTA; expte. S/0377/11 AMAZON; expte. S/0350/11, Asistencia en Carretera. También podemos encontrar, de forma excepcional, esta metodología en alguna resolución más antigua, expte. R 362/99, BACARDÍ.

[14] En el mismo sentido también COSTAS COMESAÑA, J. "Los actos desleales contrarios al interés público", op. cit. pp. 81-83; y MASSAGUER, J. "Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales", op. cit. p. 442.

[15] Expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento; expte. S/0213/10 IBERDROLA SUR. En la jurisprudencia, Sentencia del TS de 3 de febrero de 2017, núm. rec. 779/2014.

bre de 1998[16]: *"Afirmada la deslealtad de los anuncios reseñados, concurre también en este caso el requisito que exige el Art. 7 para que la conducta desleal se convierta en infracción de la LDC, esto es, que tenga virtualidad suficiente para afectar de manera sensible al funcionamiento competitivo del mercado, que es el interés público defendido por el Art. 7 LDC. La publicación de los anuncios falsos y denigrantes por medio de periódicos de amplia difusión entre quienes dentro del ámbito geográfico del Colegio respectivo pueden solicitar los servicios de intermediación inmobiliaria, es susceptible de producir una desviación de clientela hacia los API que, sin los anuncios, no se hubiera producido"* (énfasis propio).

Tras la modificación de la redacción legal en 1999, la compleja diferenciación entre ambos elementos del ilícito persistió, como pone de relieve la Resolución sancionadora del TDC de 26 de febrero de 2004[17]: *"El Tribunal considera que, al haber afectado la conducta infractora a una cifra de botellas de vino significativa de este mercado, tal falseamiento sensible de la libre competencia en el mercado se ha producido efectivamente, con afectación al interés público económico, lo que acredita la comisión por parte de FREIXENET de una infracción del art. 7 LDC"* (énfasis propio).

A raíz de la entrada en vigor de la LDC 2007, se advierte, un notable esfuerzo por dotar de mayor precisión a la fundamentación de ambos requisitos; sin embargo, los razonamientos empleados en uno y otro plano tienden a reproducirse[18].

En la etapa más reciente, aun cuando algunas resoluciones continúan aludiendo a la concurrencia de dos requisitos diferenciados[19], se aprecia un indiscutible giro hacia su consideración como un único presupuesto, en línea con la tesis doctrinal que se sostiene en este artículo. Así se desprende de manera especialmente nítida, por ejemplo, de las Resoluciones de la CNMC de 29 de julio de 2024[20] o de 4 de octubre de 2024[21] [22].

En la doctrina, v. MASSAGUER, J. Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia, op.cit., pp. 440 y ss; DÍEZ ESTELLA, F. Las prácticas anticompetitivas en el Derecho español: arts. 1, 2 y 3 LDC, op. cit., pp. 345 y ss; R. ALONSO SOTO, "Competencia desleal y defensa de la competencia en España", op.cit., pp. 274 y ss.

[16] Expte. 357/95 Expertos Inmobiliarios. Posteriormente, dicha resolución fue anulada por sentencia del TS de 9 de marzo de 2005, núm. rec. 3895 / 2002.

[17] Expte 560/03, GRUPO FREIXENET.

[18] Expte. S/0213/10 IBERDROLA SUR.

[19] Así, expte. S/0014/20 CONSUMO ESTRATÉGICO; expte. S/0007/19 MEDIOS PROPIOS; y expte. S/0016/20 PRÉSTAMOS ICO COVID.

[20] Expte. S/0005/21, BOOKING, apartado 381.

[21] Expte. S/0001/21, PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS, apartado 448.

[22] Expte. S/0043/19 RESERVA HOTELES; expte. S/0053/19 OPINIONES FALSAS PLATAFORMAS; expte. S/0017/20 TARIFAS PROPIEDAD INTELECTUAL ATRESMEDIA /MEDIASET; expte. S/0023/20 GOOGLE-ALOJAMIENTO DE CONTENIDO DIGITAL; expte. S/0015/19 BONO SOCIAL; expte. S/0031/19 INSTALACIONES DE GAS; Expte. S/0635/18 KAIKU; expte. S/0651/18 EQUIPAJE DE MANO; Expte. S/DC/0515/14 COMERCIALIZADORAS ELECTRICIDAD; Expte. S/0353/11, CESPA GESTIÓN DE RESIDUOS.

En el ámbito de las autoridades autonomicas de competencia, v. Resoluciones de la Comisión Gallega de la Competencia expte. 3/2020 – ARRIVA NOROESTE S.L. (EN LA ACTUALIDAD, ARRIVA GALICIA, SL) y expte. 3/2020 – LICITACIÓN UNIVERSIDAD DE VIGO. De la Autoridad Catalana de Competencia, expte. núm. 43/2012 – DAMM; expte. núm. 70/2015, MÓDULO REPETIDOR TARIFAS TAXIS BARCELONA; y expte. núm. 50/2012 - COFRADÍA DE PESCADORES L'AMETLLA DE MAR-2.

La ardua delimitación de ambos requisitos del tipo también se refleja en la jurisprudencia, que, si bien admite formalmente la existencia de dos requisitos diferenciados[23], en la práctica procede en la mayoría de los casos a realizar un análisis sustancialmente coincidente, cuando no conjunto, de ambos[24].

A la luz de lo anterior, y atendiendo a la interdependencia funcional del requisito de falseamiento de la competencia respecto de los otros dos, en la medida en que dicho falseamiento constituye la consecuencia inherente de cualquier conducta anticompetitiva y que el interés público tutelado por la LDC no es otro que la preservación, desde una perspectiva institucional, de las condiciones competitivas del mercado, cabe concluir —como ya se anticipó— que ambos requisitos pueden reconducirse a uno solo[25]. Esta interpretación ha encontrado, recientemente, respaldo judicial, al menos por parte de la Audiencia Nacional, en la ya citada Sentencia de 10 de octubre de 2023, en la que se afirma: *"lo que se construía como dos requisitos adicionales a la conducta desleal perfectamente diferenciados parecen convertirse en único requisito la afectación al interés público porque hay falseamiento de la libre competencia".*

Por lo que respecta a los parámetros en los que la autoridad se ha apoyado para apreciar —o descartar— la afectación al interés público, pueden identificarse con claridad dos etapas, diferenciadas. La primera, correspondiente a la práctica del TDC, se caracteriza por una motivación generalmente escueta, muchas veces inescrutable[26], y por la incipiente aplicación de criterios tales como la dimensión de la práctica[27]; la relevancia económica del mercado afectado[28]; la posición significativa o relativa de la empresa supuestamente desleal en el mercado en cuestión[29]; la incidencia real o potencial de la práctica en el comportamiento de la demanda[30], en la posición de la competencia[31] o en la estructura competitiva del mercado[32]. Esta aplicación, caracterizada por una limitada sistematicidad en la articulación

[23] V., por todas, Sentencia de la AN de 10 de octubre de 2023, núm. rec. 1550/2019, FD cuarto.

[24] Sentencia del TS de 15 de marzo de 2016, núm. rec. 2011/2013, FD cuarto *in fine*; Sentencia del TS de 1 de octubre de 2018, núm. rec. 2924/2016, FD tercero *in fine*. Asimismo, Sentencias de la AN de 20 de julio de 2016, núm. rec. 450/2013 y 516/2013, FD quinto; SAN de 31 de octubre de 2013, núm.rec. 340/2012, posteriormente anulada por sentencia del TS de 25 de octubre de 2016, núm. rec. 198/2014; Sentencia del TS de 3 de febrero de 2017, núm. rec. 779/2014, FD séptimo.

[25] Expte. 294/91 Aceites; expte. 357/95 Expertos Inmobiliarios; expte. S/0053/19 OPINIONES FALSAS PLATAFORMAS.

[26] Expte. r 264/97, Cementerio Coruña; expte. r 413/00 Farmacéuticos Ciudad Real; expte. r 430/00, Agencia Valores; expte. 368/95 Veterinarios Ambulantes.

[27] Expte. r 382/99 Agentes Propiedad Inmobiliaria; expte. r 419/00, Imeco-Caja Salud; expte. r 564/03, Distribuidora Peña Sagra; expte. r 312/98 Hostelería Vizcaya 2; expte. 519/01 ASOC. ETI/COLEGIOS APIS; expte. 560/03 2004 Grupo Freixenet.

[28] Expte. r 564/03, Distribuidora Peña Sagra; expte. 294/91 Aceites; expte. 485/00, Agentes Propiedad Murcia.

[29] Expte. r 114/95 ENOQUISA; expte. R 156/96, Ascensores Málaga; expte. r 357/99, Makro.

[30] Expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento; expte. R 362/99, Bacardí; expte. 368/95 Veterinarios Ambulantes; expte. 529/01. Administradores de Fincas.

[31] Expt. r 648/05, Centros Deportivos Benicarló; expte. R 158/96, Talleres Landaluce; expte. R 313/98,Wilkinson/Gillette

[32] Expte. r 110/95, Médicos Canarias; expte. r 66/93 Ventas en oficinas bancarias; expte. r 137/95, Soportes fonográficos; expte. R 153/96, Television Burgos; expte. 535/02, Eléctrica Eriste.

de los criterios empleados, dio lugar a casos tan novedosos como la Resolución Aceites[33], la cual consideró desleal una conducta tan actual como la presentación coordinada de ofertas a una subasta por distintas empresas del mismo grupo que actuaban formalmente como independientes, u otros más discutibles como la Resolución Veterinarios ambulantes[34], que fue posteriormente anulada por la AN por su escasa incidencia en el mercado.

Por el contrario, a partir de la entrada en vigor de la LDC 2007, se aprecia no solo reforzamiento de la fundamentación de las resoluciones —especialmente de las sancionadoras—, sino también una mayor coherencia interna y sistematicidad en los criterios aplicados[35]. En particular, estas resoluciones descansan, por lo general, en una combinación de factores que integran tanto elementos cuantitativos como cualitativos, como se expondrá más adelante[36].

En todo caso, el parámetro referencial sobre el que la autoridad de competencia ha venido fundamentando a lo largo de las últimas décadas la afectación al interés público —y, por ende, su competencia para sancionar prácticas desleales— exige que la conducta enjuiciada, atendido el contexto específico en el que se produce, **tenga la entidad suficiente para perturbar, desde una perspectiva institucional, la estructura competitiva y/o los mecanismos que regulan el funcionamiento competitivo del mercado**, no siendo bastante la mera afectación de intereses privados —como los de un operador concreto— cuya tutela correspondería, en su caso, a la jurisdicción ordinaria.

Esta conclusión resulta plenamente coherente con la propia evolución normativa del precepto a la que ya nos hemos referido. La eliminación en 2007 de las calificaciones de "grave" o "sensible" en relación con el falseamiento de la competencia exigido para apreciar la afectación al interés público se alineó, así, con la propia finalidad de la LDC, orientada a garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, así como con la operatividad del criterio de la menor importancia, que permite excluir aquellas conductas manifiestamente inidóneas para incidir de forma apreciable en la dinámica competitiva. Así lo ha declarado expresamente la Audiencia Nacional en la ya citada sentencia de 10 de octubre de 2023 al afirmar: "*Por tanto, una interpretación histórica del artículo 3 conduce necesariamente a señalar que la actual redacción del artículo 3 es la que menor exigencia de efectos sobre el mercado requiere para que la conducta se incluya en el tipo sancionador. La modificación introducida en 2007 viene a poner el foco en el interés público y no tanto en el estándar de agravamiento de efectos necesarios para la aplicación de la LDC*".

Desde esta misma perspectiva, y en coherencia con el tratamiento dispensado a las restantes prácticas prohibidas, la conducta analizada se configura como un ilícito de peligro. En consecuencia, no resulta necesario acreditar la producción efectiva de un perjuicio, siendo suficiente con demostrar la aptitud de la conducta para generar el referido efecto lesivo del interés público[37].

[33] Expte. 294/91 Aceites.
[34] Expte. 368/95 Veterinarios Ambulantes, anulada por SAN de 29 de enero de 2003.
[35] En este sentido también, DÍEZ ESTELLA, F. *Las prácticas anticompetitivas en el Derecho español: arts. 1, 2 y 3 LDC*, op. cit., pp. 347-348.
[36] V., por todos, expte. S/0001/21 PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS.
[37] SAN de 10 de octubre de 2023, núm. rec. 1550/2019.

Pues bien, a la vista de las últimas resoluciones administrativas y judiciales, se puede fundamentar la existencia de un falseamiento de la competencia con afectación del interés público sobre la base de un abanico de criterios cuantitativos y cualitativos, tales como *"la propia entidad de la conducta o las circunstancias concurrentes en su realización -piénsese, por ejemplo, en la posición de dominio o significación relativa de la empresa que la lleva a cabo, la situación del mercado en el momento de los hechos, la virtualidad de la conducta enjuiciada para obstaculizar el acceso o la permanencia de competidores en el mercado, u otras circunstancias o factores semejantes-"*[38].

Del análisis de los casos resueltos en aplicación del art. 3 LDC 2007, tanto sancionadores como de archivo, cabe extraer una serie de pautas interpretativas comunes. En primer lugar, se ha atendido a la identidad del operador que lleva a cabo la conducta desleal y, en particular, a su posición en el mercado, en la medida en que esta puede amplificar el impacto de la práctica sobre la dinámica competitiva en comparación con la que cabría atribuir a un operador de menor dimensión[39].

En segundo término, se ha considerado el segmento de clientes afectados por las prácticas, especialmente cuando se trata de segmentos en situación de vulnerabilidad, caracterizados por una reducida capacidad de negociación, con dificultades de acceso a la información o para comprender y comparar las ofertas disponibles, así como elevados costes de búsqueda y contratación por parte de otros operadores[40].

En tercer lugar, se ha valorado el alcance cuantitativo de las conductas, exigiéndose que estas presenten un carácter generalizado o, al menos, una incidencia significativa en el funcionamiento del mercado en cuestión, quedando al margen supuestos meramente puntuales o aislados[41].

Por último, se han tenido en cuenta las características específicas de los mercados afectados, especialmente cuando se trata de sectores caracterizados por una intensa integración vertical, mercados inmersos en procesos de liberalización o servicios de primera necesidad[42].

Como es lógico, la presencia de todos estos elementos no debe entenderse como una exigencia ineludible para la subsunción de la conducta en el tipo del art. 3 de la LDC 2007, por lo que resulta defendible su aplicación también a mercados de menor envergadura[43], aunque es destacable la presencia concurrente de la mayoría de ellos en la práctica decisoria más

[38] Sentencias del TS de 1 de octubre de 2018, FD tercero y de la AN de 10 de octubre de 2023, FD sexto.

[39] En tal sentido, expte. S/DC/0552/15 AGIC y expte. S/0001/21 PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS. En el ámbito autonómico, Resolución de la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía , expte. S/09/2022, AYUNTAMIENTO DE FUENTES DE ANDALUCÍA, y Resolución 1/2024 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN, Expte. 03/2022/COMP "Control Cultivos Ecológicos".

[40] Expte. S/DC/0552/15 AGIC y expte. S/0013/20 AUDAX RENOVABLES.

[41] Para fundamentar el alcance significativo de las conductas, expte. S/DC/0552/15 AGIC; expte. S/0013/20 AUDAX RENOVABLES y expte. S/0001/21 PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS. En sentido contrario, expte. S/0014/20 CONSUMO ESTRATÉGICO y expte. S/0016/20 PRÉSTAMOS ICO COVID.

[42] Expte. S/DC/0552/15 AGIC y expte. S/0013/20 AUDAX RENOVABLES.

[43] V. en el ámbito autonómico, Resolución de la Autoridad vasca de competencia expte. 05/2012, CONCURSO PINOSOLO o Resolución de la Comisión Gallega de la Competencia, expte. 3/2020 – LICITACIÓN UNIVERSIDAD DE VIGO.

reciente de la CNMC[44]. Ello pone de relieve la especial cautela con la que la autoridad delimita el ámbito de su potestad sancionadora, reforzando la seguridad jurídica en la aplicación de esta tercera prohibición, en contraste con la fundamentación decisoria más genérica y asistemática que caracterizó a las resoluciones dictadas al amparo del art. 7 de la LDC 1989. De este modo, la intervención administrativa se reserva a aquellos comportamientos desleales que, atendiendo tanto a parámetros cuantitativos como cualitativos, presentan una entidad suficiente para tener efectos sobre la institución de la libre competencia.

Evolución de los actos desleales sancionados más habituales

La tesis que aquí se sostiene —esto es, que la verificación de la existencia de un acto de competencia desleal constituye un examen ulterior en sede *antitrust*, a realizar únicamente una vez constatado que las prácticas analizadas inciden efectivamente en la libre competencia del mercado— no pretende, en modo alguno, relativizar la relevancia del juicio de deslealtad de la conducta en cuestión ni exime a la autoridad de llevar a cabo un análisis riguroso de dicha calificación, observando el principio de tipicidad del artículo 25.1 CE.

Así se puso de relieve, particularmente, en la sentencia de 25 de octubre de 2016[45], en la que, pese a haberse acreditado la afectación de la conducta a la libre competencia[46], el TS concluyó que la actuación de la empresa no podía calificarse como ilícito desleal al amparo del artículo 15.2 de la LCD, al fundarse la pretendida infracción normativa en una interpretación contextual excesivamente amplia del tenor literal de la orden sectorial supuestamente vulnerada[47].

Siendo ello así, la normativa de defensa de la competencia no introduce una categoría autónoma de actos de competencia desleal, sino que se remite a las tipologías ya configuradas en la legislación específica en la materia. Por consiguiente, los actos desleales sancionables en sede *antitrust* son, asimismo, todos los actos de competencia desleal tipificados como prohibidos en la LCD, incluyendo su cláusula general[48].

Aunque tradicionalmente se ha sostenido —a partir de la exigencia de afectación al interés público de la LDC— que los tipos desleales llamados a integrar la prohibición *antitrust* deberían ser, de forma preferente, los denominados actos de deslealtad contra el mercado, un examen sistemático de las resoluciones sancionadoras dictadas por el TDC, la CNC y la CNMC al amparo de los arts. 7 y 3 desvirtúa, en buena medida, dicha afirmación. En efecto, especialmente en una primera etapa, predominaron claramente los supuestos en los que se

[44] Expte. S/0013/20 AUDAX RENOVABLES y expte. S/0001/21 PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS.
[45] Sentencia del TS de 25 de octubre de 2016, núm. rec. núm.: 198/2014, FD sexto y séptimo.
[46] Sentencia de la AN de 31 de octubre de 2013, núm. rec. 340/2012, FD quinto y sexto.
[47] En el mismo sentido, expte. S/DC/0515/14 COMERCIALIZADORAS ELECTRICIDAD y expte. S/0007/19 MEDIOS PROPIOS.
[48] En este sentido, MASSAGUER, J. "Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales", op.cit. p. 444. En contra, COSTAS COMESAÑA,J. "Los actos desleales contrarios al interés público", op. cit., pp. 83-86.

sancionaron actos de denigración o prácticas de publicidad engañosa —encuadrables en la deslealtad frente a competidores o consumidores—[49].

Con posterioridad, bajo la vigencia del art. 3 LDC 2007 sí puede apreciarse una mayor presencia de conductas desleales vinculadas a la violación de normas concurrenciales o subsumibles en la cláusula general, como se verá en el apartado siguiente, lo que apunta a una reorientación lógica en la tipología de ilícitos considerados relevantes desde la perspectiva de la LDC. En todo caso, la persistencia en fechas recientes de resoluciones sancionadoras basadas en tipos como la denigración o el engaño pone de manifiesto que, aunque dichos actos desleales inciden de forma inmediata en la esfera de la protección individual, pueden trascender dicho plano y generar verdaderos fallos estructurales del mercado cuando son llevados a cabo por operadores con cierto poder de mercado, ya sea de forma individual o por el efecto de actuaciones paralelas de varios operadores, supuestos a los que se ha venido aplicando esta tercera prohibición *antitrust*[50].

Por último, resulta claro que, por razones de eficiencia administrativa, no se exige un previo pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de un acto de competencia desleal para la aplicación de la prohibición en sede *antitrust*[51].

En lo que atañe a los efectos que pudiera desplegar, en sede administrativa, una eventual declaración de deslealtad dictada por la jurisdicción civil sobre los mismos hechos, el entonces TDC sostuvo que tal pronunciamiento judicial, aun firme, no producía efectos de cosa juzgada sobre el procedimiento sancionador ante la autoridad de competencia[52].

No obstante, la exigencia de coherencia del ordenamiento, junto con el principio de sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho consagrado en el artículo 103.1 de la CE, debe conducir a contravenir dicha conclusión. En este sentido, cabe entender que los órganos administrativos conocerán y seguirán la jurisprudencia emanada de los tribunales competentes en la aplicación de la LCD y, en particular, las decisiones adoptadas por estos sobre los mismos hechos, especialmente cuando estas hayan adquirido firmeza.

Esta forma de actuación puede apreciarse en la práctica decisoria de la CNMC. En efecto, aunque no haya tenido ocasión reciente de pronunciarse sobre el alcance de la cosa juzgada, sí se observa en su práctica decisoria una clara tendencia a tomar en consideración, a efectos de calificar la conducta como desleal o no, los pronunciamientos de otros órganos sectoriales competentes, como la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y la Dirección de Energía de la CNMC o el Tribunal de Cuentas, o incluso la ausencia de actuación

[49] Expte. 295/91 Bombas de Cobalto; expte. 314/92 Instalaciones gas butano; expte. 368/95 Veterinarios Ambulantes; expte. 405/97, Expertos Inmobiliarios 2; expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento; expte. 357/95 Expertos Inmobiliarios; expte. 485/00, Agentes Propiedad Murcia; expte. 521/01, Agentes Propiedad Inmobiliaria; expte. 531/02, Intermediación Inmobiliaria; Expte. 529/01. Administradores de Fincas; expte. 519/01 ASOC. ETI/COLEGIOS APIS; expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento.

[50] Expte. S/0184/09 GAS NATURAL; expte. S/410/12, ASCENSORES-2; expte. S/0013/20 AUDAX RENOVABLES; y expte. S/0001/21, PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS.

[51] Expte. 294/91 ACEITES, FD segundo.

[52] Expte. 294/91 ACEITES, FD segundo; de 31 de marzo de 1997; expte. R 189/96 Resopal, FD segundo; y expte. 439/98, Ambulancias Cataluña, FD primero.

por parte de las autoridades de supervisión en el ámbito bancario o del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales[53].

4. Los mercados con operadores verticalmente integrados como entorno propicio para la aplicación del artículo 3 LDC

Si hay una pauta a destacar del conjunto de expedientes sancionadores por competencia desleal bajo la LDC es la preeminencia de casos en mercados con operadores verticalmente integrados, presentes en al menos dos eslabones de la cadena de actividad de dichos mercados. Ésta es la situación que *de facto* se da en la mayoría de los llamados sectores regulados o sectores de red, aquellos en los que convive la regulación de segmentos de actividad prestados en régimen de monopolio con la libre competencia entre múltiples operadores en segmentos liberalizados. Se trata en muchos casos de sectores que deben asegurar un servicio público (como el acceso a electricidad, gas, telecomunicaciones o servicios postales) y a la vez mantener una competencia efectiva en actividades abiertas a la competencia.

Es en estos sectores de red en los que se da la circunstancia de que los operadores, muchos de ellos los tradicionales monopolistas públicos hasta finales de los años 90, actualmente se encuentran verticalmente integrados, operando en actividades reguladas y liberalizadas. En sectores como el eléctrico o gasístico, donde compiten operadores verticalmente integrados con entrantes más recientes en el mercado, las autoridades de competencia en España han hecho un uso más intenso del artículo 3 LDC, coincidiendo con el proceso de liberalización de estos sectores.

Pero la coexistencia de operadores verticalmente integrados con operadores presentes en un único eslabón de la cadena no es exclusiva de los mercados de red. Existen muchos mercados industriales, con complejas cadenas de producción y suministro, en los que observamos esta misma condición. Piénsese por ejemplo en los mercados de fabricación de productos industriales que llevan necesariamente aparejados servicios de mantenimiento y reparación, donde compiten fabricantes verticalmente integrados y mantenedores independientes en servicios postventa. Estos mercados han sido también objeto de numerosos análisis en sede del artículo 3 LDC.

Los mercados de red y la aplicación del artículo 3 LDC

Empecemos por el primer supuesto: el de los sectores regulados conformados como mercados de red en los que coexisten actividades reguladas y liberalizadas. Esta situación se origina en gran medida como consecuencia del proceso de liberalización de los sectores de red iniciado en Europa a finales del siglo pasado y que fue progresivamente trasladándose a los ordenamientos jurídicos nacionales. Como resultado, muchos de estos mercados pasaron de estructuras de monopolio público, con producción y provisión por un operador dominante

[53] Expte. S/0007/19 MEDIOS PROPIOS; expte. S/013/20 AUDAX RENOVABLES; expte. S/0016/20 PRÉSTAMOS ICO COVID; y expte. S/0054/19, VODAFONE CAPTACIÓN CLIENTES.

de naturaleza pública, a mercados con nuevos entrantes privados que operaban en régimen de competencia. Esto no supuso la desaparición de la posición de dominio en determinados segmentos del mercado (particularmente aquellos con características de monopolio natural) ni la desaparición de las obligaciones de acceso y universalidad de los servicios públicos, que pasaron a convivir con una progresiva regulación precompetitiva que perseguía introducir y asegurar condiciones competitivas en los mercados liberalizados.

La identificación de conductas desleales en estos mercados de red se remonta al comienzo mismo de su proceso de liberalización. Un caso claro es el mercado de telecomunicaciones y la aprobación del Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones a raíz del cual el operador dominante, Telefónica, inició una nueva estrategia comercial para adaptarse al nuevo entorno competitivo en telefonía fija. Concretamente, el lanzamiento de la campaña de descuentos "Planes Claros" de Telefónica en febrero de 1998 dio lugar a la incoación del expediente de **488/01 Telefónica vs Retevisión (Planes Claros)** por parte del SDC. La conducta analizada y sancionada por el TDC se refería a un abuso de posición de dominio de Telefónica, operador con posición de dominio en el mercado de telefonía fija, "*consistente en el lanzamiento de la campaña publicitaria 'Planes Claros' con el fin primordial de obstaculizar el acceso al mercado de Retevisión S.A., su primer competidor en telefonía básica*". Ahora bien, en su razonamiento, el TDC alude al entonces artículo 7 de competencia desleal de la LDC 1989 para reforzar el reproche de anticompetitividad de la conducta de Telefónica en la medida en que muchas de las conductas analizadas (diseño de tarifas y condiciones del servicio) tenían también la apariencia de prácticas desleales en el sentido de la LCD. Por tanto, si bien el artículo 7 de competencia desleal no fue la base principal de la sanción ni el tipo infractor imputado a Telefónica, sí fue empleado por el TDC como complemento argumental para describir por qué la conducta perjudicaba al mercado en un momento de liberalización muy relevante en el que nuevos competidores del operador dominante, como era el caso de Retevisión en telefonía fija, comenzaban a operar[54].

Debe recordarse que el asunto "Planes Claros" por abuso de posición de dominio de Telefónica fue posteriormente anulado por el Tribunal Supremo al considerar que el contenido de las ofertas y descuentos anunciados "*no era contrario, sino favorable, a la libre competencia*", en línea que con la valoración que la extinta Comisión del Mercado de Telecomunicaciones había realizado de dichas ofertas. Tampoco la forma de publicitarse a través de los llamados "Planes Claros" era merecedora del calificativo de abusiva, de acuerdo con la sentencia, ya que la campaña no era ni innecesaria ni desproporcionada. Pero lo relevante de este asunto a nuestros efectos fue el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los supuestos actos desleales, reforzando la entidad propia del artículo 7 frente al artículo 6 incluso en los casos de actos desleales cometidos por una empresa con posición de dominio[55]. Es cierto que la sala rechaza

[54] Algo similar ocurre en el expediente **R 556/03 Astel vs Telefónica**, en el que el TDC consideró que Telefónica había abusado de su posición de dominio dificultando el cambio a otros operadores a través de la preselección de operador (art. 6 LDC 16/1989) pero calificó la conducta de Telefónica de desleal y desproporcionada en un mercado liberalizado como elemento descriptivo pero no como tipo infractor autónomo. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo rechazaron dicha imputación (del artículo 6) al entender que no se habían acreditado efectos restrictivos suficientemente consistentes.

[55] V. STS de 20 de junio de 2006: *"[...] la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además*

en este caso la existencia de una conducta infractora en aplicación del artículo 7 de la LDC, pero lo hace porque no se puede entender acreditada esa grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado, no porque debiera subsumirse en el tipo infractor del artículo 6 de haber existido conducta desleal por un operador dominante en un mercado recientemente liberalizado. En definitiva, en un momento incipiente del proceso liberalizador de los mercados de red en España, esta sentencia marca ciertos límites a la aplicación de la conducta punible por competencia desleal de la LDC bajo la premisa de los requerimientos materiales de afectación al interés público previstos en dicho precepto, pero en absoluto descarta la misma, incluso en mercados recientemente liberalizados con operadores dominantes.

Otro de los mercados que sin duda fue objeto de un intenso proceso de liberalización fue el sector eléctrico, caracterizado hasta finales del siglo pasado por la presencia de grandes monopolios públicos en España y en los países europeos de nuestro entorno. De nuevo, encontramos una aproximación al tipo infractor por competencia desleal de la LDC desde los primeros años del proceso de desregulación y entrada de nueva competencia. Cabe traer a colación en este caso el expediente **535/02 Eléctrica Eriste**[56] derivado de la denuncia de Eléctrica de Eriste, S.L. contra el Ayuntamiento de Benasque en el proceso de adjudicación de un proyecto eléctrico local. El TDC concluyó que el Ayuntamiento realizó actos desleales que falsearon la competencia por dos vías: irregularidades en la presentación de la oferta (que fue presentada fuera de plazo, de forma verbal y solo cuando el ayuntamiento contaba con información de la única oferta competidora) e incumplimiento de la normativa sectorial, más concretamente, del artículo 14 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional que exige la separación jurídica de las actividades de generación y distribución como las que llevaba a cabo el Ayuntamiento de Benasque. En su resolución, el TDC afirma que el incumplimiento de la normativa de contratación administrativa y la infracción de la normativa sectorial otorgaron al operador denunciado, verticalmente integrado y de naturaleza pública, una ventaja competitiva relevante frente a sus competidores, distorsionando gravemente la competencia en el mercado y afectando con ello al interés público[57].

La aprobación de la LDC 15/2007, y con ella el reformulado artículo 3 de competencia desleal, no supuso un cambio en la atención a posibles actos desleales en los sectores de red. Más bien al contrario, y a pesar de haber transcurrido para entonces una década desde el inicio de la liberalización, las autoridades de competencia han seguido detectando e investigando indicios de conductas desleales en estos mercados.

---

de serlo, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con 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 artículo 7 de la Ley 16/1989, englobando en él tan 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 artículo 6 de la Ley 16/1989"

[56] Resolución del TDC de 7 de abril de 2003, confirmada por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 14 de noviembre de 2005.

[57] V. Expte. 535/02, Eléctrica Eriste: "*El hecho de que la entidad denunciada se haya beneficiado de sus privilegios como Administración Pública y de la ventaja que le reporta el incumplimiento de la normativa legal para desplazar a su único competidor, produce una distorsión suficientemente grave por su gran incidencia en dicho mercado como para entender que está incluida en las conductas prohibidas por el artículo 7 LDC*".

Por su relevancia para la doctrina de competencia desleal bajo la nueva LDC y su firmeza tras la revisión jurisdiccional, cabe destacar entre todos ellos el asunto **S/0213/10 Iberdrola Sur**. Se trata de un caso rico en pronunciamientos sobre las implicaciones de las conductas desleales en mercados progresivamente liberalizados como es el mercado del suministro minorista de electricidad.

Para ello, es importante entender primero el contexto jurídico y económico en el que se produjo la conducta enjuiciada. Con la aprobación de la Ley 54/1996 del Sector Eléctrico (LSE), la operación del sistema, el transporte y la distribución de electricidad mantuvieron el carácter de actividades reguladas mientras que la generación y comercialización pasaron a desarrollarse en régimen de libre competencia. Bajo este nuevo marco normativo, desde el 1 de enero de 2003, los consumidores pasaron a tener libertad para elegir a su comercializador, lo que implicaba la posibilidad de que todos los comercializadores autorizados pudieran suministrar en cualquier zona, independientemente de quién fuera el distribuidor local (es decir, el propietario de las redes de la zona y, por tanto, monopolista). Además, desde el 1 de julio de 2009, la actividad de suministro que había sido responsabilidad de los distribuidores pasaba a ser responsabilidad exclusiva de los comercializadores, tanto en la modalidad de tarifa de último recurso como a precio libre. El nuevo marco regulatorio del sector eléctrico exigía, adicionalmente, una separación jurídica, funcional y contable de las actividades para favorecer una mayor competencia, pero permitía (y, aún hoy, lo permite) que un mismo grupo empresarial esté verticalmente integrado y desarrolle simultáneamente, a través de sociedades separadas, actividades reguladas y no reguladas.

Posteriormente, la aprobación del Real Decreto 485/2009, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica introdujo la figura del comercializador de último recurso (CUR): "*A partir del día 1 de julio de 2009, los consumidores suministrados por un distribuidor que no hayan optado por elegir empresa comercializadora pasarán a ser suministrados por un comercializador de último recurso*". Estos CUR tenían además la obligación de atender el suministro de aquellos consumidores, conectados a las redes de distribución de su grupo empresarial, que, sin tener derecho a acogerse a la tarifa de último recurso (TUR) transitoriamente carecieran de un contrato de suministro en vigor con un comercializador, suministrándoles a un precio regulado que debía ir incrementándose para favorecer la elección de comercializador y evitar la suspensión del suministro trascurrido el período transitorio[58].

Pues bien, es en este contexto en el que se inician diversas investigaciones por la CNC relativas al traspaso de clientes entre comercializadoras del mismo grupo, entre las que se encuentra el mencionado expediente S/0213/09 Iberdrola Sur. En dicho asunto quedó acreditado que la comercializadora de último recurso del grupo Iberdrola (en adelante IBERCUR) había traspasado sin consentimiento expreso a un grupo muy numeroso de clientes que debían

[58] Mediante orden ministerial, se estableció que estos consumidores podían ser suministrados por un CUR durante un período máximo de seis meses y a un precio equivalente al 120% de la tarifa de último recurso. Transcurrido dicho periodo sin que hubieran optado por seleccionar suministrador y haber suscrito el correspondiente contrato, el CUR podía proceder a la suspensión del suministro. Sin embargo, se aprobaron diversas órdenes ministeriales que fueron prorrogando sucesivamente el período transitorio hasta el 31 de diciembre de 2012 en el caso de los clientes en baja tensión con potencia contratada superior a 10 kw.

elegir empresa comercializadora para evitar incurrir en la penalización de su tarifa y posterior suspensión del suministro. Es decir, había incumplido lo previsto en la disposición adicional primera de la Orden ITC /1659/2009 que exigía la "conformidad expresa" y "la documentación que acredite la voluntad del cliente" para llevar a cabo el cambio de suministrador. En efecto, IBERCUR, que había asumido el suministro de 470.791 clientes de la distribuidora del grupo sin derecho a TUR a la espera de que eligieran suministrador en el período transitorio previsto, se dirigió a los mismos mediante carta recordando la situación transitoria en la que se encontraban e informándoles del cambio a su comercializadora libre "*salvo que el plazo de treinta días desde la recepción de la presente nos indique lo contrario*", es decir, recabando únicamente un consentimiento tácito por carta. En algunas de las remesas de cartas aludía a las ventajas que este cambio suponía para el cliente ("*con la finalidad de evitar que usted siga siendo penalizado, así como de eliminar el riesgo de interrupción del suministro por esta causa*" […] "*para que no tenga que realizar gestión alguna por su parte*"). Como resultado, 268.001 clientes fueron automáticamente traspasados de IBERCUR a la comercializadora libre del grupo sin recabar su consentimiento expreso y, por tanto, infringiendo lo previsto en la normativa sectorial. De acuerdo con la CNC, estos hechos vulneraban el cumplimiento de una norma que tenía por objeto regular la actividad concurrencial del mercado minorista de electricidad a través de los requisitos del cambio de suministrador por lo que podía reputarse como acto desleal de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.2 de la LCD. La distorsión de la competencia quedaba también acreditada en la medida en que la conducta de IBERCUR contribuyó a incrementar de manera desleal la cuota de fidelización del grupo Iberdrola, limitando el acceso de otros competidores a dichos consumidores que veían muy mermadas sus posibilidades de hacer ofertas atractivas a estos clientes una vez transferidos a la comercializadora libre del grupo. Asimismo, quedó acreditada la afectación al interés público pues la conducta se había producido en un momento especialmente relevante en el proceso de liberalización, se había dirigido a un colectivo particularmente vulnerable como eran las pymes y tenía impacto en el suministro de un input básico para empresas y un servicio de primera necesidad y esencial para consumidores domésticos como es la electricidad.

El Tribunal Supremo ha venido a confirmar dicha resolución, incidiendo en el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 3 LDC a la conducta enjuiciada. En su sentencia de 3 de febrero de 2017[59] concluye que, con su conducta, las empresas del grupo Iberdrola "*evitaron que un número importante de clientes saliera al mercado, y redujeron de esta manera sensiblemente el mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores, en situación de desventaja respecto de dichos clientes, con aumento de su cuota de fidelización, lo que supone un reforzamiento de la barrera de entrada*".

A efectos del presente análisis del artículo 3 LDC en sectores de red, lo relevante del asunto Iberdrola Sur es la demostrada idoneidad de este tipo infractor para analizar conductas en

[59] V. STS Iberdrola Sur: "*no puede negarse que la conducta descrita de las sociedades recurrentes afectó el interés público, concretado en este caso en el objetivo perseguido por el proceso legislativo de liberalización del sector eléctrico, de mejora de las condiciones de competencia y funcionamiento eficaz de dicho mercado, que resultó obstaculizado en la forma que se ha indicado en la sentencia recurrida*". El Tribunal Supremo, no obstante, rebajó a la mitad la multa impuesta por la CNC al considerar que la misma había tenido una duración limitada a 8 meses.

los mercados de energía que, si bien conducen a una distorsión de la competencia, no encuentran acomodo en los artículos 1 y 2 de la LDC. En efecto, este caso puso de manifiesto cómo la situación privilegiada de partida del operador verticalmente integrado unida a la conducta desleal por incumplimiento de una norma sectorial que perseguía promover la concurrencia en el mercado, permitió al grupo obtener una evidente ventaja competitiva frente al resto de operadores. Como recoge con acierto y precisión la resolución de la CNC, "*los demás comercializadores no tuvieron ocasión de competir con IBERDROLA en condiciones de igualdad, debido a que su acceso a la información de los consumidores no pudo producirse con la misma facilidad y celeridad, reduciéndose las posibilidades de elección de los clientes en ese especial momento temporal. Comercializadores que, además, tenían que diseñar su estrategia sabiendo que debían obtener la conformidad expresa de los consumidores interesados en cambiar de suministrador. Adelantándose a los demás competidores e incurriendo en menos costes de captación, IBERDROLA pudo obtener unos beneficios superiores* […] *los márgenes con los que contaban los comercializadores, para ofertar después del primer cambio, eran insuficientes para conseguir un segundo cambio. Tendrían que asumir los costes derivados de que los consumidores son más receptivos a aceptar una primera reducción de precios que a aceptar posibles reducciones marginales futuras, de menor magnitud aunque adicionales. Por todo ello puede concluirse que, con la conducta imputada, IBERDROLA ha adquirido una ventaja competitiva en el mercado, dificultando la posibilidad de que los clientes fueran captados por otros comercializadores no integrados en el Grupo*".

Por su parte, el mercado de suministro minorista de gas ha sido también objeto de investigación por conductas desleales del operador verticalmente integrado. Un claro ejemplo puede encontrarse en el asunto **S/0184/09 ATR Gas Natural**. La resolución de la CNC sanciona dos conductas del operador Gas Natural, una abusiva y otra desleal, tipificadas respectivamente en los artículos 2 y 3 LDC. Esta última se refería a la realización de una campaña informativa de Gas Natural Comercial a sus clientes, alertando contra las campañas comerciales de la competencia. De nuevo, la conducta enjuiciada se producía por un operador verticalmente integrado, "*en un momento competencial especialmente relevante en el proceso de liberalización de la actividad gasista en España*" por la entrada de nuevos operadores, generando como resultado barreras de entrada al mercado.

Lo interesante de este caso es la identidad propia del tipo infractor del artículo 3 LDC en el marco de un expediente en el que se analiza también un abuso de posición de dominio. La conducta analizada resulta particularmente problemática si se atiende al carácter verticalmente integrado del grupo al que pertenecía Gas Natural Comercial. Esta circunstancia le otorgaba una posición privilegiada frente a sus competidores, al partir de una base de clientes cautivos y de un grado de reconocimiento y confianza del que aquéllos carecían. En este contexto, la campaña informativa investigada indujo a los destinatarios a confiar exclusivamente en el grupo empresarial emisor, reforzando su posición como suministrador y dificultando la capacidad de penetración de nuevos entrantes que debían competir, precisamente, contra la inercia reputacional derivada de un prolongado pasado monopolístico. El alcance de dicha campaña de comunicación proyectó sus efectos sobre la totalidad de los operadores que trataban de acceder a un mercado minorista en proceso de liberalización, en el que el grupo sancionado continuaba disfrutando de una ventaja estructural significativa. Así, al generar dudas sobre la conveniencia

del cambio de suministrador, elemento esencial para el desarrollo de una competencia efectiva y eje central de la normativa sectorial que acompañó al proceso de liberalización, la conducta de Gas Natural Comercial contribuyó a reforzar las barreras de acceso al mercado de suministro minorista y a consolidar la posición del incumbente.

De hecho, debe señalarse que, a diferencia de la sanción por infracción del artículo 2 LDC en este expediente que fue anulada por el Tribunal Supremo, la infracción del artículo 3 LDC descrita fue íntegramente confirmada mediante Sentencia de 15 de marzo de 2016, en la que el Tribunal Supremo concluye que "*la conducta analizada desacreditó la actividad de sus competidores, proporcionando una información inexacta y que afectó al interés público representado por la liberalización de un servicio básico que produjo efectos en el mercado*".

La integración vertical sigue presente hoy en día en muchos de estos sectores de red. Por ello, no resulta extraño que, con la aprobación de la Ley 3/2013 y la creación de la CNMC, hayan continuado las investigaciones contra algunos de estos operadores verticalmente integrados bajo la óptica del artículo 3 de la LDC. Así, por ejemplo, cabe citar el asunto **S/0552/15 AGIC-Endesa**, que sancionó el uso de un canal privilegiado de comunicación a los consumidores, como era la factura de los clientes acogidos a la TUR de gas y electricidad, "*para trasladarles mensajes publicitarios de carácter confuso o capcioso*" con el objetivo de redirigirlos hacia los servicios de otra comercializadora del grupo. Resulta particularmente interesante en este caso la alusión que la propia CNMC hace del carácter verticalmente integrado del operador sancionado para profundizar en el falseamiento de la competencia y afectación al interés público que supone la conducta: "*Esta Sala considera que la remisión de comunicaciones y, en general, el desarrollo de estrategias comerciales con contenido desleal por parte de ENDESA XXI ha provocado o tiene la capacidad de provocar una grave perturbación del proceso competitivo. En primer lugar, la empresa que realiza la conducta desleal es ENDESA XXI, una empresa verticalmente integrada en el grupo empresarial ENDESA. Grupo ENDESA tiene una gran relevancia en el sector energético nacional, en la medida en que constituye el mayor comercializador de electricidad y el segundo comercializador de gas natural en España".* Dicha resolución ha sido confirmada en primera instancia[60], si bien está pendiente de recurso ante el Tribunal Supremo.

Conviene no obstante aclarar que los expedientes de artículo 3 LDC en mercados regulados como el de la energía no se han limitado a investigar exclusivamente operadores verticalmente integrados, pues operadores no integrados pueden también llevar a cabo prácticas comerciales desleales susceptibles de alterar la competencia y afectar al interés público[61]. Lo que sí es común en todos estos casos es la consideración del indudable interés público

[60] V. Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2023: "*[…] en las circunstancias concurrentes, medidas encaminadas a la explotación de la confusión del consumidor suponen un falseamiento de la competencia que merece un reproche de interés público, afirmación que compartimos, por cuanto, que, como pone de manifiesto el Abogado del Estado, la protección de la libre decisión de los consumidores para elegir su proveedor de energía tiene un interés público*"

[61] V. en este sentido el asunto S/013/20 AUDAX RENOVABLES, en el que se sancionó a las comercializadoras del Grupo AUDAX por llevar a cabo prácticas comerciales fraudulentas, mediante engaño y confusión, tendentes a propiciar cambios de comercializador en favor de las comercializadoras del Grupo AUDAX en el segmento doméstico de los suministros de electricidad y gas en España.

que reside en el cambio de suministrador como eje crucial del proceso de liberalización para promover la competencia y la reducida capacidad de negociación, acceso a la información o comprensión de muchos clientes para comparar las ofertas disponibles, susceptibles de verse afectados por las prácticas desleales enjuiciadas en cada caso.

Algunos de estos expedientes han analizado también en profundidad la alegada vulneración del principio de *ne bis in idem* cuando el acto desleal es un incumplimiento de la normativa sectorial, como en el asunto **S/013/20 AUDAX RENOVABLES** por incumplimiento de los artículos 46.1.s) y 46.1.t) de la Ley del Sector Eléctrico sobre la venta no solicitada a domicilio. En estos casos, el pronunciamiento de la autoridad de competencia ha sido tajante: el bien jurídico protegido en el expediente por artículo 3 LDC es el funcionamiento del mercado en su conjunto, que se ve comprometido como consecuencia de la conducta desleal, mientras que el bien jurídico protegido en los expedientes sancionadores por infracción de leyes sectoriales es el derecho de los consumidores a una actividad lícita, responsable y transparente por parte de las comercializadoras.

Finalmente, no debe perderse de vista que se trata de mercados con un marcado carácter técnico, que en muchos casos convierten al consumidor en un cliente vulnerable, propiciando este tipo de conductas desleales un efecto distorsionador masivo[62].

Por ello, es inevitable insistir en la relevancia del artículo 3 de la LDC como instrumento que contribuye a maximizar la eficacia de la normativa de competencia en los mercados de red en los que, a través de conductas desleales (prácticas engañosas, fraudulentas o contrarias a la normativa sectorial de carácter concurrencial, entre otras) se ponen en grave riesgo los logros del proceso de liberalización iniciado hace más de tres décadas. Esto exige que las autoridades de competencia extremen la vigilancia a través del instrumento más idóneo en cada caso, como lo fue el artículo 3 LDC en los casos descritos anteriormente.

Otros mercados con operadores verticalmente integrados como terreno fértil para la aplicación del artículo 3 LDC

La integración vertical es un elemento característico en mercados de productos que, por su elevado coste o complejidad técnica, requieren de servicios especializados de reparación o mantenimiento. Es habitual encontrar en muchos de estos mercados fabricantes que ofrecen a sus clientes servicios postventa vinculados a sus productos, en competencia con otros reparadores y mantenedores. Este tipo de mercados son también susceptibles de sufrir conductas desleales en un intento del operador verticalmente integrado por fidelizar al cliente.

Un claro ejemplo es el mercado de fabricación y mantenimiento de ascensores en el que las autoridades de competencia españolas han investigado varias prácticas en el pasado, algunas de ellas en sede de artículo 3 LDC. El caso paradigmático es el asunto **S/410/12**

[62] En este mismo sentido se pronuncia la CNMC en el expte. S/013/20 AUDAX RENOVABLES al señalar que "*los consumidores domésticos, por lo general, son consumidores más vulnerables […] desconocen a detalle el funcionamiento de los mercados de comercialización de luz y gas por tratarse de dos sectores especialmente técnicos y complejos, lo que facilita el éxito de sus estrategias de engaño y confusión*".

Ascensores 2 por el que la CNC sancionó por competencia desleal a cinco operadores verticalmente integrados que llevaban a cabo actividades de fabricación, instalación y mantenimiento de aparatos elevadores. Dichos operadores llevaron a cabo, de manera independiente entre ellos, campañas de información a sus clientes, poniendo en duda la capacidad técnica, solvencia y seguridad de sus competidores, esto es, las empresas mantenedoras de ascensores no integradas verticalmente. La investigación de la CNC confirmó que la conducta de estos operadores era apta para denigrar y generar desconfianza en el cliente hacia los mantenedores independientes, distorsionar su decisión y, con ello, obstaculizar la competencia. La integración vertical de las imputadas fue un elemento relevante en la valoración de la afectación al interés público, tal y como expone de manera precisa el Tribunal Supremo[63] en su sentencia de 1 de octubre de 2018 al referirse a "*la posición de privilegio del fabricante, cuya actuación es determinante de la exclusión de la competencia en el mercado del mantenimiento y reparaciones mediante la intervención en dicho mercado de sus empresas verticalmente integradas, creando con ello unas barreras de entrada que dificultan en alto grado la competencia en ese mercado secundario. Tales apreciaciones, basadas en los elementos fácticos y probatorios disponibles, son los que llevan a la Sala sentenciadora a afirmar la existencia de una vulneración del interés público*"**.**

El asunto Ascensores 2 viene, por tanto, a manifestar cómo la asimetría estructural de los fabricantes verticalmente integrados, con una gran base de clientes y fuerte implantación histórica, intensifica el efecto anticompetitivo de la conducta desleal, coadyuvando a la concurrencia de los requisitos de falseamiento de la competencia y afectación al interés público exigidos por el artículo 3 LDC.

5. El artículo 3 a debate: perspectivas de futuro

Es pacífico el hecho de que, actualmente, estamos asistiendo a una transformación estructural del Derecho de la Competencia y su aplicación, principalmente motivado por el auge de la economía digital. Asimismo, lejos de perder relevancia, la política de competencia debe seguir ocupando un lugar central en la economía en un momento como el actual en el que el debate sobre la competitividad ocupa una posición central en la agenda de la Unión Eu-

[63] V. Expte. S 410/12 Ascensores 2. La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han dictado las correspondientes sentencias sobre los recursos de las empresas sancionadas, corrigiendo los importes de las multas pero confirmando la ilicitud de la conducta en todos los casos a excepción de Schindler, cuyo recurso de casación fue estimado por el Tribunal Supremo el 18 de septiembre de 2018 al considerar que las comunicaciones remitidas por dicha empresa no podían considerarse desleales. Para ello, argumenta que "*cuando se afirma que «Sólo Schindler puede garantizarle, como fabricante de su ascensor, que las piezas de repuesto son piezas originales» y «Esta garantía de fiabilidad y tiempo mínimo de entrega de repuestos, no se la podrá igualar otra empresa, dado que sólo podrá disponer de nuestros repuestos originales en nuestro Departamento de Venta de Repuestos», tan solo se afirma una realidad y es que dicha empresa, en cuanto fabricante de los ascensores, garantiza que instala piezas originales sin que pueda extraerse la conclusión de que las demás empresas no lo hagan o no puedan obtener recambios originales acudiendo a su departamento de venta de repuestos. El hecho de que se afirme que, en cuanto fabricante ha implantado un procedimiento ágil para obtener los recambios originales y que, por lo tanto, es más eficaz que sus competidores, tampoco puede considerarse un hecho falso ni denigratorio, pues ante la eventualidad de que los clientes puedan optar por otras empresas, es lícito que las empresas traten de retener su clientela y para ello expliquen a sus clientes sus fortalezas y las ventajas que supone utilizar sus servicios de mantenimiento y reparación de los ascensores de la misma empresa que lo fabricó*."

ropea. Ahora bien, su eficacia exige una constante adaptación y complementariedad con instrumentos preventivos que den respuesta a los actuales problemas que plantea el poder de mercado en todas sus formas.

Es también indiscutible que la robustez de toda autoridad de competencia radica en disponer de un marco normativo y procedimental eficaz y flexible. Así, el Derecho de la competencia se caracteriza, precisamente, por la apertura de sus prohibiciones, concebidas para adaptarse a las particularidades de cada caso y a la evolución de los mercados. En este contexto, la existencia de herramientas adicionales que permitan captar de forma adecuada aquellas conductas empresariales con incidencia en la estructura o el funcionamiento competitivo del mercado —y, en última instancia, en el bienestar de los consumidores— resulta no solo conveniente sino, independientemente de su aplicación más o menos selectiva, necesaria para hacer frente a los nuevos retos presentes y futuros derivados de las profundas transformaciones económicas y tecnológicas de los últimos tiempos.

En este sentido, la evolución del Derecho de la competencia en Europa refleja, en buena medida, las transformaciones estructurales de los mercados. En una primera etapa, los esfuerzos normativos se centraron prioritariamente en la persecución y prohibición de los cárteles, en un contexto histórico en el que estas formas de coordinación empresarial habían alcanzado una notable extensión y, en algunos casos, un elevado grado de institucionalización, particularmente en Alemania durante el régimen nazi. Posteriormente, a partir de los procesos de liberalización impulsados en las décadas finales del siglo XX, cobró especial relevancia la disciplina del abuso de posición de dominio, en la medida en que numerosos sectores transitaron desde situaciones de monopolio público hacia estructuras en las que antiguos incumbentes, a menudo privatizados, pasaban a competir —no siempre en condiciones plenamente equitativas— con nuevos entrantes.

Más recientemente, pese a la apertura formal de los mercados, persisten fenómenos como la integración vertical, las ventajas competitivas heredadas de regímenes anteriores o la irrupción de nuevos modelos de negocio —especialmente en el entorno digital— que permiten distorsionar la competencia mediante prácticas como el *self-preferencing*, incluso en ausencia de una posición de dominio en sentido estricto.

Por tanto, la creciente complejidad de los mercados dota de mayor sentido a la incorporación de ilícitos vinculados a la competencia desleal en el ámbito *antitrust*. Esta tendencia se aprecia, por ejemplo, en el parágrafo 19a de la ley alemana de competencia, el cual introdujo, en 2021, una categoría autónoma de empresas con "importancia primordial para la competencia en varios mercados", permitiendo al *Bundeskartellamt* someterlas a un régimen de control más amplio que la dominancia clásica en ecosistemas digitales, atendiendo a factores como el acceso a datos, la integración vertical o la función de intermediación.

Pues bien, en este mismo sentido, es necesario poner en valor el artículo 3 de la LDC 2007 como instrumento de cierre del sistema español de defensa de la competencia, particularmente útil para cubrir las lagunas de las prohibiciones clásicas. La práctica decisoria de las últimas décadas de la autoridad española de competencia ha demostrado su funcionalidad, en particular para la represión de actuaciones unilaterales —en ocasiones paralelas— lleva-

das a cabo por empresas que, pese a no ostentar posición dominante en el mercado en sentido estricto, son capaces de generar efectos especialmente relevantes. Ello adquiere especial relevancia en aquellos mercados cuya propia idiosincrasia no garantiza la igualdad de condiciones competitivas (*level playing field*)—como sucede en sectores que han transitado desde situaciones de clara dominancia hacia estructuras más atomizadas con nuevos entrantes, en mercados con elevados niveles de integración vertical, o con presencia de operadores con fuerte posición histórica o institucional o poder de mercado incipiente.

El hecho de su limitada aplicación en comparación con las prohibiciones clásicas de acuerdos restrictivos o de abuso de posición de dominio —circunstancia que ha constituido una de las críticas más recurrentes a lo largo de su evolución— no desvirtúa su potencial como instrumento eficaz en la lucha contra las conductas anticompetitivas. En efecto, lo verdaderamente relevante desde la perspectiva antitrust no reside en la frecuencia de su aplicación, pues necesariamente será una herramienta de intervención selectiva o residual, sino en si su utilización ha permitido efectivamente neutralizar aquellas conductas con impacto apreciable sobre las condiciones competitivas del mercado y que no podían abordarse en sede de los artículos 1 y 2 LDC. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar, por ejemplo, que en aquellos países con menores tasas de homicidio resultaría conveniente suprimir su tipificación en el Código Penal, conclusión que, por su propia evidencia, no puede compartirse. O, estrictamente en el ámbito de la LDC, a propugnar la supresión de las terminaciones convencionales, habida cuenta de su aplicación aún más residual.

Desde esta perspectiva, tampoco resulta justificada la tesis de quienes propugnan relegar la aplicación de este precepto a las autoridades autonómicas de competencia, pues, como se deriva de los datos reflejados en el anexo, su utilización ha sido tan limitada como en el ámbito nacional, dónde además las conductas sancionadas claramente tenían dimensión supraautonómica. Del mismo modo, carece de suficiente fundamento la preocupación de quienes cuestionan los recursos empleados por la autoridad de competencia en el examen de actuaciones supuestamente alejadas del interés público protegido por la LDC, a la vista del elevado número de expedientes archivados. En efecto, aun cuando no existen datos públicos disponibles, no resulta irrazonable pensar que la facultad de priorización de asuntos introducida por el Real Decreto-ley 7/2021 —que traspuso en nuestro ordenamiento la Directiva ECN+— tendrá una incidencia significativa en este tipo de denuncias relativas a conductas desleales carentes de relevancia pública.

Tampoco consideramos relevante la aparente incongruencia legal al ser la única práctica excluida del conocimiento de los juzgados de lo mercantil (Disposición adicional primera de la LDC 2007) y de la aplicación privada del Derecho de la competencia (art. 71 LDC 2007). En primer lugar, porque el enjuiciamiento de los actos de competencia desleal corresponde, *per se*, a los órganos de la jurisdicción mercantil, siendo en dicho ámbito igualmente exigible la correspondiente reparación de los daños y perjuicios (art. 32 LCD). En segundo término, debe tenerse en cuenta, asimismo, la limitada aplicación práctica de las prohibiciones antitrust por parte del orden jurisdiccional civil.

Un aspecto en el que existe un amplio consenso doctrinal es en la progresiva delimitación de los elementos que integran el requisito de la afectación al interés público, verdadero eje con-

figurador de la prohibición. Ello ha contribuido de manera indudable a reforzar la seguridad jurídica en la aplicación del precepto en los últimos años bajo el amparo del art. 3 LDC, en claro contraste con la etapa precedente.

En este contexto, la experiencia acumulada en la aplicación del art. 3 ha puesto de relieve su utilidad como instrumento idóneo para prohibir y sancionar aquellos actos de competencia desleal con verdadero impacto sobre el funcionamiento competitivo del mercado, pero que no encajan en las prohibiciones tradicionales. Esta funcionalidad adquiere especial relevancia de cara al futuro en ámbitos particularmente relevantes, como la contratación pública[64] o los mercados digitales, donde concurren dinámicas complejas —asimetrías de información, poder de mercado significativo sin dominancia formal, poder de mercado incipiente o nuevas formas de distorsión competitiva a través de efectos de red masivos— que pueden favorecer la aparición de prácticas desleales con impacto estructural. De la misma forma que el artículo 3 LDC ha jugado un papel crucial en la protección y plena eficacia del proceso de liberalización impulsado desde Europa en los mercados de red a finales de los años 90, puede ser ahora un instrumento muy eficaz para aquilatar la normativa ex ante que ha ido surgiendo en torno a estos nuevos mercados digitales en los que se ha comprobado que los artículos 1 y 2 LDC y sus equivalentes comunitarios no son siempre suficientes. A ello se suma la existencia de multitud de mercados de especial interés en la actualidad como son los conformados por plataformas digitales, en los que existen operadores verticalmente integrados que podrían tener incentivos a fidelizar a sus clientes mediante prácticas desleales que quedan fuera del ámbito del artículo 2 LDC y serían susceptibles, sin embargo, de distorsionar la competencia y afectar con ello al interés público.

De ahí que, a nuestro juicio, resulte plenamente justificada la defensa de la permanencia de este instrumento en el ordenamiento español, como mecanismo flexible, selectivo y complementario para la tutela efectiva de la competencia.

[64] Especial interés tiene el caso de art. 3 LDC sancionado en la Resolución de la Comisión Gallega de la Competencia, expte. 9/2024 – LICITACIÓN SERVICIOS LIMPIEZA, DESINFECCIÓN Y GESTIÓN RESIDUOS, muy similar al anteriormente sancionado por el TDC, expte. 294/91 Aceites, en el que varias empresas del mismo grupo presentan ofertas independientes pero coordinadas, vulnerando con ello el principio de proposición única del art. 139.3 de la LCSP.

En el mismo sentido, la autoridad francesa de competencia ha venido calificando como práctica colusoria la manipulación de licitaciones mediante la presentación de ofertas aparentemente independientes por parte de empresas pertenecientes a un mismo grupo (Decisión 18-D-02, de 19 de febrero de 2018). No obstante, esta posición experimenta una matización relevante en la Decisión 20-D-19, de 25 de noviembre de 2020, en la que la autoridad francesa aplica la doctrina establecida por el TJUE en la Sentencia de 17 de mayo de 2018, Ecoservice projektai (C-531/16), conforme a la cual las prácticas coordinadas llevadas a cabo mediante la presentación de ofertas separadas por empresas que integran una misma unidad económica no pueden ser sancionadas al amparo del artículo 101 TFUE ni de las normas nacionales equivalentes.

Con todo, en el ordenamiento español cabe sostener, a la vista de la práctica decisoria ya existente, la eventual aplicación del artículo 3 de la LDC a este tipo de conductas.

Bibliografía

ALONSO SOTO, R "Competencia desleal y defensa de la competencia en España", *Información Comercial Española*, núm. 750/96.

CASADO NAVARRO, A. "El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Art. 3 LDC)", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 22, 2018.

CABRERA, S. & ESCUDERO, A. "La aplicación del artículo 3 de la ley de defensa de la competencia ¿la reactivación del ilícito?", *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2011-2012.

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. "Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público", *Anuario de la Competencia*, 2014.

COSTAS COMESAÑA, J. "Los actos desleales contrarios al interés público", en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Valencia, 2008.

COSTAS COMESAÑA, J. "La especialidad del Derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil", en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, 2015.

COSTAS COMESAÑA, J. "La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia"; en E. Olmedo Peralta y A. Robles Martín-Laborda (coord.), *Estudios de la red académica de defensa de la competencia (RADC)*, Pamplona, 2022.

DE GUINDOS, B. & MARTÍN, M.J. "Integración vertical y competencia en gas y electricidad: ¿quo vadis?", *Anuario de la Competencia*, 2017.

DÍEZ ESTELLA, F. "¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2005.

DÍEZ ESTELLA, F. "El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, Julio 2012.

DÍEZ ESTELLA, F. Competencia desleal y antitrust en la contratación pública: ¿Un nuevo horizonte para el art. 3 LDC? (Comentario a la Sentencia núm. 0430/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 5 de noviembre de 2021), *Anuario de Derecho de la Competencia*, Madrid, 2022.

DÍEZ ESTELLA, F. *Las prácticas anticompetitivas en el Derecho español: arts. 1, 2 y 3 LDC*, Barcelona, 2024.

MARCOS, F. "La exigencia de sensibilidad del falseamiento de la competencia en la LDC. Notas a propósito de la Problemática puesta de manifiesto por la STS de 20 de enero de 2008", Diario La Ley, núm. 7328, 26 de enero de 2010.

MONTAÑA, M. "Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales", en M. ODRIOZOLA (Dir.), B. IRISSARRY (Coord.), *Derecho español de la competencia*, Barcelona, 2008.

MASSAGUER, J. "Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales", en MASSAGUER, J./FOLGUERA, J./SALA ARQUER, J.M./GUTIÉRREZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Pamplona, 2008.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. Libre competencia y competencia desleal, 2001, Madrid.

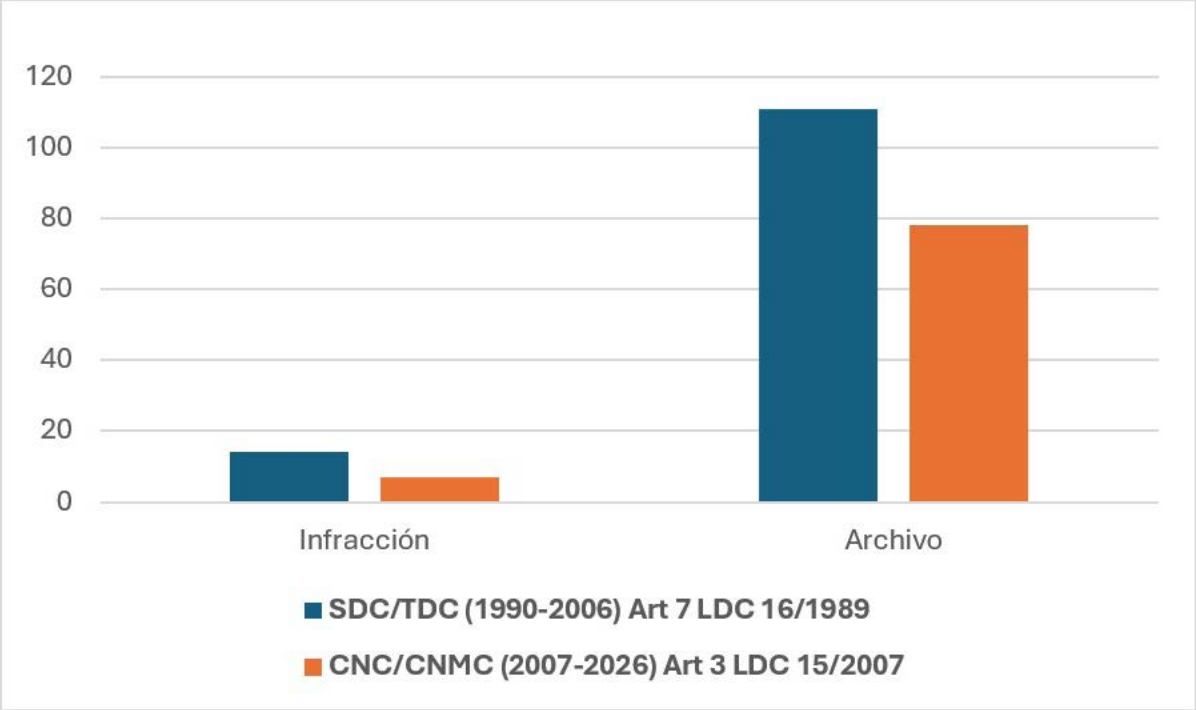
RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A. "Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia", *Revista gallega de administración pública*, Vol. 1, núm. 62, 2021.

Anexo: Aplicación práctica desde 1990 hasta la actualidad

A continuación, se exponen algunos datos relativos a la aplicación durante la vigencia de la LDC 1989 y de la LDC 2007, incluyendo tanto resoluciones de archivo como sancionadoras e incluyendo también los expedientes instruidos y/o resueltos por los órganos autonómicos de competencia[65].

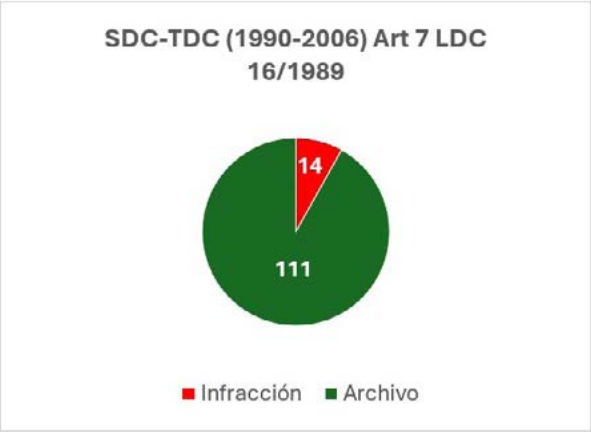
Como se puede observar, desde 1990 en adelante ha habido, al menos, 125 resoluciones de art. 7, de las cuales 14 han sido resoluciones declarativas de infracción y 111 archivos. Posteriormente, bajo la LDC de 2007 se han tramitado un total de 88 expedientes, 7 casos han concluido con resolución sancionadora, 3 con terminación convencional y 78 han sido archivados.

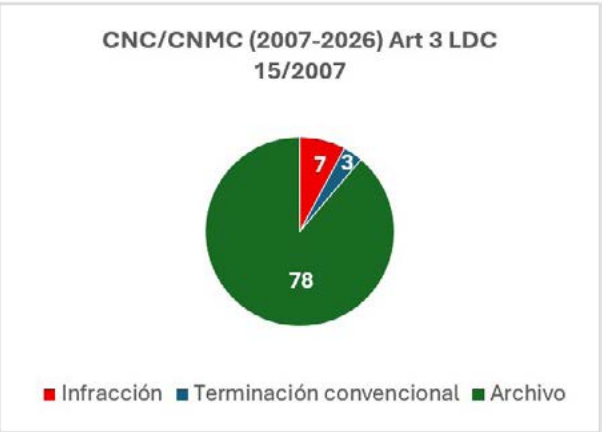
Gráfico 1.
Aplicación de infracción por competencia desleal (LDC)



Fuente: Elaboración propia

[65] Debe advertirse, no obstante, que la relación de casos no tiene carácter exhaustivo. En particular, las dificultades para acceder a fuentes sistematizadas de información respecto de los asuntos más antiguos tramitados bajo la vigencia de la LDC 1989 o de algunas CCAA, puede haber impedido la identificación de la totalidad de los expedientes. Con todo, se ha realizado un esfuerzo significativo por recopilar el mayor número posible de resoluciones, por lo que los datos ofrecidos pueden considerarse suficientemente representativos a los efectos analíticos de este trabajo.





Por lo que respecta a las autoridades autonómicas, ha sido posible contabilizar, al menos, 164 resoluciones, de los cuales 8 han sido resoluciones sancionadoras y 156 archivos.

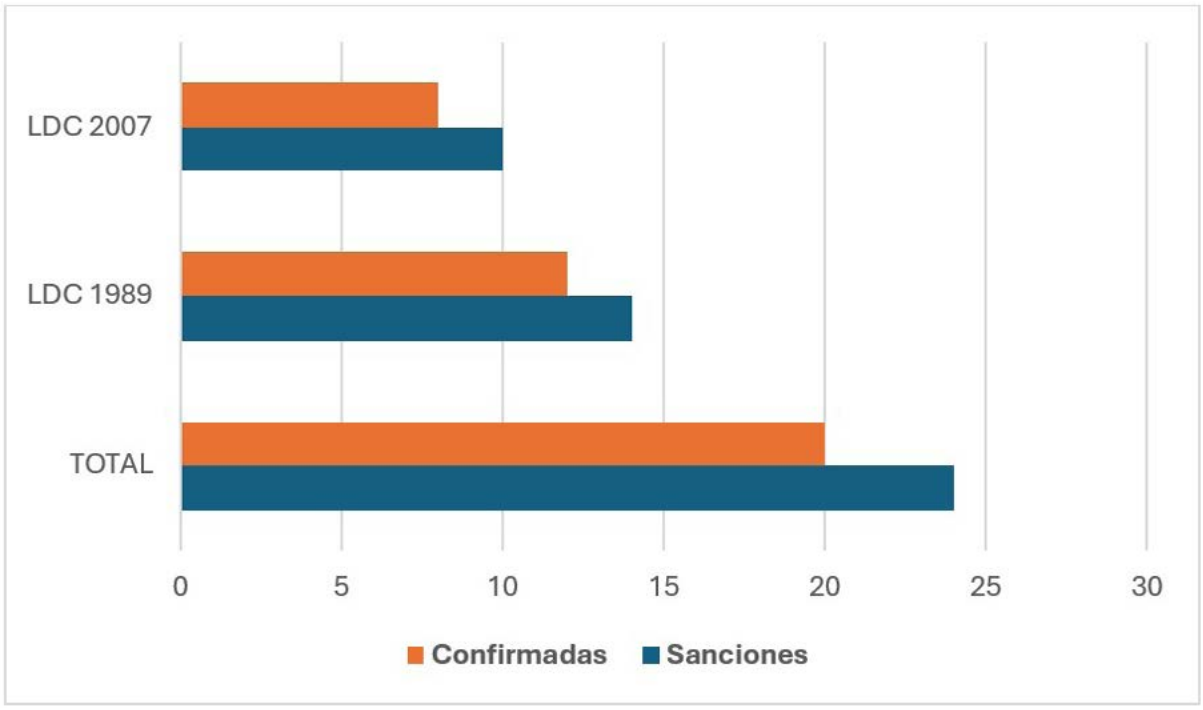


Por lo que respecta al control jurisdiccional, cabe señalar que, de las catorce resoluciones sancionadoras dictadas al amparo de la LDC 1989, dos fueron anuladas en sede judicial respecto a la declaración de infracción[66]. Del mismo modo, de las diez resoluciones concluidas mediante sanción o terminación convencional bajo la vigencia de la LDC 2007, dos han sido igualmente anuladas por los tribunales[67]. Por tanto, en más del 80% de los casos las resoluciones en aplicación del ilícito de competencia desleal en sede antitrust han sido confirmadas.

[66] Expte 368/95 Veterinarios Ambulantes, anulado por SAN de 29 de enero de 2003 y expte. 357/95 Expertos Inmobiliarios, anulado por STS de 9 de marzo de 2005.

[67] S/0304/10, ENDESA, anulado mediante STS de 25 de octubre de 2016 y expte. S/0410/12 ASCENSORES-2, anulado por STS de 28 de septiembre de 2018 para la empresa SCHINDLER.

Gráfico 2.
Control jurisdiccional de resoluciones sancionadoras de la CNMC por competencia desleal (LDC)



Fuente: Elaboración propia