

# ÚLTIMAS TENDENCIAS EN LA APLICACIÓN DEL ART. 3 DE LA LDC: ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL REQUISITO DE AFECTACIÓN AL INTERÉS PÚBLICO\*

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE\*\*

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años la Autoridad de Competencia española ha sancionado con importantes multas a diferentes empresas por prácticas de falseamiento de la libre competencia mediante actos desleales al amparo del art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). La aplicación de este artículo, e incluso su existencia, siempre ha sido polémica y controvertida, basándose, fundamentalmente, en la dudosa justificación existente para la habilitación de órganos administrativos en el enjuiciamiento de actos de competencia desleal y en atención a su escasa aplicabilidad.

Precisamente, de los requisitos exigidos para su estricta aplicación, la afectación del interés público de la conducta desleal constituye, de una parte, el elemento que delimita la competencia de los órganos de competencia en sede de comportamientos desleales, y, de otra, el concepto que mayores problemas ha planteado en cuanto a su interpretación y su alcance.

Por ello en el presente artículo se analizarán especialmente las últimas pautas de interpretación que, con respecto a este extremo, han sido marcadas en los últimos pronunciamientos, tales como la consideración de la obstaculización de la liberalización de un servicio de interés general, la afectación de un *input* básico para los consumidores, o el efecto acumulativo de prácticas generalizadas en el mercado, y que, en gran medida, han sido refrendadas por los Tribunales de Justicia. Ahora bien, primeramente, se expondrán, de forma sucinta, la particular configuración que ha adoptado este ilícito en sede *antitrust* y las dificultades existentes en orden a distin-

---

\* Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de su autora, y no representan las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

\*\* Doctora en Derecho Mercantil. Subdirectora Adjunta de Industria y Energía de la Dirección de Competencia de la CNMC.

guir los dos últimos requisitos exigidos por la literalidad del precepto, a saber, el falseamiento de la competencia y la afectación al interés público.

## 2. FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y AFECTACIÓN AL INTERÉS PÚBLICO

La trascendencia de los efectos que, en determinados casos, pueden tener los actos de competencia desleal desde la perspectiva *antitrust* del buen funcionamiento competitivo de los mercados ha motivado que en Derecho español, desde la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se haya atribuido a las autoridades *antitrust* competencias para que puedan examinar aquellas conductas desleales que afecten al interés público tutelado por la norma.

En tal sentido, la LDC española, después de prohibir los acuerdos colusorios (art. 1) y los abusos de posición dominante (art. 2), habilita en su art. 3 a la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) para conocer «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». Este precepto híbrido, en parte desleal y en parte *antitrust*, tipifica un peculiar ilícito de competencia, desvinculado tanto de los acuerdos restrictivos como del abuso de posición dominante, y lo hace sobre la existencia de otro ilícito, el desleal, al que, bajo determinadas condiciones, le otorga trascendencia *antitrust*<sup>1</sup>, dotando de este modo a la conexión funcional entre los Derechos de defensa de la competencia y competencia desleal de un carácter asimismo operativo<sup>2</sup>.

Debido fundamentalmente a esta naturaleza mixta, en parte desleal y en parte *antitrust*, a la ausencia de una norma similar en el Derecho comunitario y a su tradicional limitada operatividad como sustentadora de resoluciones administrativas que declaren la existencia de una infracción en base a una conducta desleal, el precepto en cuestión ha sido objeto, durante toda su existencia, de numerosas y vehementes críticas, hasta el punto de que son muchos más los que abogan por su eliminación del elenco de prácticas prohibidas por la LDC<sup>3</sup>, que los que defienden su mantenimiento.

Dejando al lado la controversia, en lo que sí parece que existe unanimidad es en la consideración de que a pesar de su estructura, la tipificación de

<sup>1</sup> M. TRONCOSO Y REIGADA, «El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia *antitrust*», en VV.AA., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I, 1996, pp. 1040-1041; J. I. FONT GALÁN y L. M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust*, *op. cit.*, pp. 73-74; C. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, *La igualdad en el Derecho de defensa de la competencia*, Valencia, 2008, p. 219.

<sup>2</sup> A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, *Libre competencia y competencia desleal*, Madrid, 2001, pp. 185-186.

<sup>3</sup> Recientemente, F. DÍEZ ESTELLA, «El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, julio de 2012, pp. 83-94; S. CABRERA ZARAGOZA y A. ESCUDERO PUENTE, «La aplicación del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia. ¿La reactivación del ilícito?», en *Anuario de la Competencia 2012*, Fundación ICO, pp. 223-248.

este ilícito *antitrust* no descansa meramente en la deslealtad de la conducta, sino, mucho más, en los efectos que los actos de competencia desleal puedan tener en el mercado<sup>4</sup>. Su impacto en el mercado, es decir, la aptitud de los mismos para afectar al interés público falseando la competencia, es lo que, realmente, define la esencia de esta prohibición que queda así configurada como una deslealtad cualificada por sus efectos<sup>5</sup>. Solamente así puede y debe entenderse, por lo demás, la alteración del régimen natural de competencias y la puesta a disposición de procedimientos y sanciones de carácter público contra los actos de competencia desleal, cuyo enjuiciamiento constituye materia tradicional de los órganos de la jurisdicción ordinaria a través de mecanismos de solución jurídico privados.

De lo anterior se desprende la relevancia que el segundo de los requisitos —«que por falsear la competencia afecte al interés público»— tiene en orden a delimitar las competencias entre el orden administrativo y el judicial y a propiciar la correcta y estricta aplicación del mismo por las autoridades administrativas. Por ello, el eje central sobre el que pivota la potestad administrativa sancionadora en virtud de este precepto exige, en todo caso, acreditar la superación de ese umbral: que la práctica en cuestión afecte al interés público de la libre competencia. Bien entendido que, de modo similar a como ocurre respecto a las otras dos prácticas prohibidas por la LDC, se trata de un ilícito de peligro, esto es, basta demostrar la aptitud de la conducta para producir el mencionado efecto lesivo del interés público<sup>6</sup>.

Tradicionalmente, tanto la doctrina<sup>7</sup> como, en ocasiones, los órganos encargados de su aplicación<sup>8</sup>, han venido distinguiendo dos requisitos diferenciados (o mejor dicho tres, contando con que en todo caso se requiere como primera condición la existencia de un acto de competencia desleal), falseamiento de la libre competencia y afectación al interés público, que han de analizarse y acreditarse sucesivamente en el momento de aplicación del precepto. Esta interpretación, condicionada por la propia estructura del artículo desde su aparición, pero especialmente potenciada por la redacción del mismo que entró en vigor con ocasión de la reforma llevada a cabo por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia [«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»], viene determinada, en nuestra opinión, por la necesidad de enfatizar la ineludible exigencia de discriminar los actos desleales que, por las concretas circunstancias en las

<sup>4</sup> J. MASSAGUER, «Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales», en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3.ª ed., Madrid, 2012, p. 225.

<sup>5</sup> Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de febrero de 2000, expte. r 405/99, Caja España; de 29 de septiembre de 2000, expte. r 430/00, Agencia Valores; de 29 de septiembre de 2000, expte. r 438/00, Empresas alarma Alicante.

<sup>6</sup> En tal sentido, M. MONTAÑA, «Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en *Derecho Español de la Competencia*, T. I, Madrid, 2008, pp. 208-209.

<sup>7</sup> J. MASSAGUER, «Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales», *op. cit.*, pp. 212 y ss.

<sup>8</sup> Véanse Resoluciones de 26 de noviembre de 2002 (expte. 529/01, Administradores de Fincas), y de 24 de febrero de 2012 (expte. S/0213/10, Iberdrola Sur).

que se desarrollan y, por ende, por los efectos que producen, realmente tengan una trascendencia institucional, de aquellos que han de seguir teniendo exclusivamente una respuesta jurídico privada.

A nuestro juicio, sin embargo, una correcta exégesis semántica y contextual del precepto, nos ha de llevar a simplificar las cosas y llevar a la conclusión de que, en definitiva, son dos las condiciones sustantivas exigidas por el precepto. A saber, la existencia de un acto de competencia desleal y que la comisión de ese acto de deslealtad afecte al interés público protegido por la LDC. Ello no significa que neguemos la operatividad del otro requisito —el falseamiento de la competencia—, pero sí su independencia funcional respecto de la afectación al interés público, porque el interés público tutelado por la LDC no es otro que la instauración, el mantenimiento y, en su caso, la potenciación de una competencia efectiva y no falseada en el mercado.

La última práctica decisoria de la Autoridad de Competencia, por lo demás, parece ratificar esta interpretación, subrayando, en todo caso, la indiscutible relevancia de este último requisito, el interés público concurrencial, como auténtico elemento definidor de la prohibición. Así, en la Resolución de 15 de diciembre de 2011 (expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera) se afirma: «La Autoridad de Competencia sólo está facultada para realizar el reproche de desleal competitiva cuando la conducta enjuiciada, dado 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. En consecuencia, ante una denuncia de infracción del art. 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no sólo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal»<sup>9</sup>.

Por lo demás, esta forma de proceder en orden a verificar la concurrencia de las condiciones exigidas por el precepto presenta, a nuestro modo de ver, evidentes ventajas. En primer lugar, evita que órganos administrativos interpreten innecesariamente normas como la LCD reservadas tradicionalmente a las instancias judiciales. Además, evita que una deficiente calificación jurídica en cuanto a su naturaleza desleal lleve a no sancionar conductas que verdaderamente afectan al interés público de la libre competencia.

En todo caso, la amplitud y vaguedad del parámetro principal de aplicación del precepto, esto es, que el acto de competencia desleal tenga la en-

<sup>9</sup> Este orden de análisis ha sido corroborado, además, por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de julio de 2011.

tividad o gravedad suficiente para afectar el interés público tutelado, lo que, según la resolución aludida, habrá de determinarse atendiendo al contexto jurídico y económico del caso particular, obliga a tener en cuenta la doctrina que sobre el particular ha ido emanando de la praxis de la Autoridad de Competencia. A ello dedicaremos las páginas que siguen, ciñéndonos al análisis de los pronunciamientos acaecidos en los últimos años.

### 3. ACTUACIONES RECIENTES EN APLICACIÓN DEL ART. 3 DE LA LDC

Un balance rápido de las resoluciones que en los últimos cinco o seis años se han dictado aplicando el art. 3 de la LDC, permite realizar, al menos, dos consideraciones previas. En primer término, la demostrada vigencia del artículo. Al contrario de la opinión dominante, reflejada especialmente durante el proceso de reforma de la legislación de defensa de la competencia que culminó con la actual LDC de 2007<sup>10</sup>, que abogaba como dijimos por su supresión, entre otras razones, por su escasa utilización, las últimas resoluciones dictadas por la Autoridad de Competencia parecen volver a poner en valor el mencionado precepto, pues si bien cuantitativamente no pueden ser consideradas muy numerosas, desde una perspectiva cualitativa resulta irrefutable, como veremos, la reciente aplicación del artículo en expedientes de envergadura, en sectores económicamente importantes y a operadores relevantes de los mismos. Asimismo las sanciones impuestas a las empresas declaradas responsables en aplicación del mismo han sido muy significativas.

De otra parte, a la vista de dichas resoluciones, se puede defender la eficacia del artículo para la consecución de los objetivos descritos en la Ley, y en particular para promover la competencia efectiva en mercados tradicionalmente cerrados a la misma, o en aquellos mercados secundarios donde la extensión del poder de mercado de las empresas presentes en el mercado primario facilitan el abuso y, en definitiva, la violación de las normas de competencia. Así, los pronunciamientos *ex art. 3* han tenido lugar básicamente referidos a prácticas realizadas en dos mercados muy concretos que, por sus particularidades, son objeto de una rigurosa supervisión por parte de la autoridad *antitrust*: los mercados, recientemente liberalizados, de comercialización de gas y electricidad y el mercado de mantenimiento y reparación de ascensores instalados.

A continuación, examinaremos, individualmente y por orden cronológico, los cuatro últimos expedientes sancionadores en los que la Autoridad de Competencia ha declarado la existencia de una infracción del art. 3 de la LDC, con vistas a indagar, como venimos apuntando desde un principio, las pautas de interpretación establecidas, principalmente, respecto al requisito de afectación al interés público exigido por el mismo.

<sup>10</sup> Una compilación de las opiniones vertidas por los distintos sectores en dicho contexto, puede verse en F. DÍEZ ESTELLA, «Réquiem por el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?», en *Diario La Ley*, año XXVI, núm. 6373, 5 de diciembre de 2005, pp. 1 y ss.

## A. RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2011, EXPTE. S/0184/09 ATR GAS NATURAL

Aunque realmente la Resolución sancionaba tanto a Gas Natural Distribución SDG, S. A., por un abuso de posición de dominio, como a Gas Natural Comercial SDG, S. L., por infracción del art. 3 de la LDC, al realizar una campaña desleal de información a sus clientes, nosotros fijaremos nuestra atención exclusivamente en esta última práctica desleal.

El expediente fue incoado en virtud de la denuncia formulada por Iberdrola, S. A., y se enmarca en el sector de la distribución y comercialización de gas natural. Ambas actividades, distribución y comercialización o suministro minorista, se encuentran estrechamente relacionadas, pero mientras la distribución tiene carácter de actividad regulada, y se desarrolla en régimen de monopolio, la comercialización de gas se desarrolla en régimen de libre competencia. La liberalización del sector de comercialización o suministro minorista de gas se ha llevado a cabo en diferentes fases. Así, desde el 1 de enero de 2003, los consumidores son libres para elegir a su comercializador, lo que implica que todos los comercializadores deben poder realizar el suministro en cualquier zona, independientemente de quién sea el titular de las redes de distribución de esa zona. Además, desde el 1 de julio de 2008, la actividad de suministro se reserva exclusivamente a los comercializadores.

En este marco, Gas Natural Comercial, coincidiendo con dos ciclos de facturación, remitió, entre mayo y septiembre de 2009, cartas a sus consumidores domésticos, en la que se les alertaba sobre las prácticas llevadas a cabo por otros agentes comerciales ajenos a la compañía<sup>11</sup>.

En las mencionadas cartas, Gas Natural Comercial, alertaba a los clientes sobre las visitas efectuadas por agentes pertenecientes a compañías energéticas de la competencia, que habían optado por realizar campañas de captación de nuevos clientes mediante visitas domiciliarias. Algunas de las afirmaciones efectuadas en las mismas llevaban aparejada una connota-

<sup>11</sup> Se transcriben, a continuación, los principales contenidos de la carta: «En los últimos meses algunos de nuestros clientes nos han expresado un cierto malestar derivado de la visita inesperada de agentes comerciales no pertenecientes a Gas Natural.

Estos comerciales, utilizando nuestro nombre o el de otras compañías energéticas, ofrecen cambiar de compañía comercializadora de gas de forma rápida y fácil.

La normativa vigente facilita al máximo el cambio de comercializadora. Y es justo esta facilidad la que aprovechan dichos comerciales para atraer clientes a otras compañías, ofreciéndoles facturar en condiciones aparentemente más ventajosas, asegurándoles, además, que es Gas Natural quien sigue responsabilizándose del servicio.

Estas actividades comerciales son completamente ajenas a nuestra compañía. Ni la garantía, ni la atención ni el servicio que le pueden ofrecer, están avalados por Gas Natural.

Por este motivo, y con el único objetivo de que pueda seguir disfrutando de las máximas garantías de servicio, confort y tranquilidad a los que usted y su familia están acostumbrados por ser clientes de Gas Natural, le recomendamos que tome una serie de precauciones:

[...]

Para su mayor seguridad y confianza, ponemos a su disposición nuestro Teléfono de Atención al Cliente 902 444 426, para ayudarle a resolver cualquier duda, o para prevenir los inconvenientes que puedan causarle acciones ajenas a nuestra compañía».

ción negativa de descalificación de las actuaciones de sus competidores a la hora de poner en práctica sus estrategias comerciales<sup>12</sup>. Además, dichas declaraciones no eran veraces, cuando daban a entender que no era cierto lo afirmado por los comerciales de otras compañías cuando aseguraban «que es Gas Natural quien sigue responsabilizándose del servicio», añadiendo que «estas actividades comerciales son completamente ajenas a nuestra compañía. Ni la garantía, ni la atención ni el servicio que le pueden ofrecer, están avalados por Gas Natural»<sup>13</sup>. El extinto Consejo de la CNC entendió que la conducta debía ser calificada como un acto de denigración ilícito, en la medida que la referida carta contenía afirmaciones que resultaban aptas para desacreditar la actividad desarrollada por otros comercializadores de gas ante los consumidores.

Posteriormente, la Resolución advierte que la existencia de una infracción del art. 3 de la LDC requiere, además, la afectación al interés público por falsear la libre competencia. Y en este sentido destaca que, a través de la carta, se infunden dudas «no sólo sobre la integridad de un concreto competidor, sino sobre todos ellos, de manera que por exclusión se induce a confiar exclusivamente en el Grupo empresarial al que pertenece el emisor de la carta, siendo precisamente dicho grupo el que al ser el incumbente en este mercado, es el que goza de una popularidad o conocimiento previo del que los demás carecen y contra el que deben competir. El alcance de la carta abarca así a la totalidad de los oferentes que están intentando entrar en un mercado donde deben competir con la fuerza de la única empresa consolidada en este mercado, empresa que goza del prestigio y la confianza que le otorga el haber sido durante mucho tiempo la única marca comercial presente en el mercado por haber sido un servicio prestado en régimen de monopolio».

De esta manera, considerando que «en la medida en que la carta va encaminada a generar dudas sobre las bondades del cambio de suministrador, elemento clave para introducir competencia en el mercado de la comercialización de gas natural, y sobre el que han girado los principales esfuerzos del regulador en los últimos años, está afectando al interés público en la liberalización de un servicio básico para una gran parte de la población española, que por las circunstancias precedentes y por el carácter masivo de las cartas remitidas se puede afirmar que se trata de una conducta de competencia desleal objetivamente apta para falsear o distorsionar gravemente la libre competencia. En suma, el Consejo concluye que la carta, por quien la remite (el antiguo incumbente); por su contenido desleal (afecta por el lado de la oferta a todos los competidores presentes y futuros), por su millonario alcance (más de cinco millones de clientes); por sus destina-

<sup>12</sup> Tales como «cierto malestar», «visita inesperada», «inconvenientes que puedan causarle», «condiciones aparentemente más ventajosas».

<sup>13</sup> El art. 10 del Real Decreto 1434/2002 determina que la empresa distribuidora tiene la obligación de operar y mantener sus redes de distribución y de proceder a la lectura de los contadores de todos los consumidores conectados a sus instalaciones, con independencia de quién sea la compañía suministradora de gas.

tarios (consumidores de tarifa T1 y T2; esto es, la práctica totalidad de los consumidores domésticos y Pymes, una importante parte de la demanda) constituye una conducta de las tipificadas en el art. 3 de la LDC».

La multa impuesta por infracción del art. 3 de la LDC fue de 2.650.000 euros. La Resolución fue confirmada mediante Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 29 de abril de 2013<sup>14</sup>.

#### B. RESOLUCIÓN DE 24 DE FEBRERO DE 2012, EXPTE. S/0213/10 IBERDROLA SUR

Este asunto se inició por denuncia presentada por Gas Natural Servicios SDG, S. A., y Unión Fenosa Comercial, S. L., contra Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S. A. U., Iberdrola, S. A., e Iberdrola Distribución Eléctrica, S. A., por el traspaso de contratos desde la comercializadora de último recurso a la comercializadora en mercado libre, sin recabar el consentimiento expreso del consumidor, exigido por la normativa sectorial.

Desde el 1 de julio de 2009, la actividad de suministro eléctrico se reserva exclusivamente a los comercializadores, siendo los consumidores libres para elegir a su comercializador. Asimismo, en dicha fecha, se estableció la tarifa de último recurso (TUR), como el precio máximo y mínimo que podrían cobrar los comercializadores de último recurso (CUR) a los consumidores que tuvieran derecho a acogerse a ella<sup>15</sup>. En consecuencia, parte de los consumidores hasta entonces acogidos a tarifa debían pasar al mercado libre, por no tener derecho a acogerse a la TUR<sup>16</sup>. Ahora bien con el fin de evitar la interrupción automática del suministro de los clientes que carecieran de un contrato en el mercado libre, la regulación permitió que fueran suministrados durante un periodo transitorio de seis meses por los CUR de los grupos empresariales a los que perteneciera la red de distribución a la que se encontraran conectados<sup>17</sup>. El precio a aplicar a estos clientes se iba incrementando al objeto de incentivarlos a la salida al mercado mediante la contratación con comercializadores libres. En todo caso, la Disposición Adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 exigía la conformidad expresa e inequívoca del cliente al cambio de suministrador<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 29 de abril de 2013, núm. recurso 476/2011.

<sup>15</sup> La puesta en marcha del suministro de último recurso y, en particular, el traspaso de los consumidores desde los distribuidores a los comercializadores se regula en el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril y en la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio.

<sup>16</sup> Este grupo de consumidores estaba formado por los conectados a baja tensión con potencia contratada superior a 10 kw y por aquéllos conectados a alta tensión que, aunque debían estar en el mercado libre desde el 1 de julio de 2008, seguían sin tener un contrato de suministro en vigor y continuaban consumiendo electricidad.

<sup>17</sup> Posteriormente se establecieron sucesivas prórrogas a la situación transitoria hasta el 31 de diciembre de 2012 (véanse Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre; Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre; Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre).

<sup>18</sup> «Disposición Adicional primera. Conformidad del cliente al cambio de suministrador. Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. El comercializador deberá disponer

En este contexto, Ibercur asumió automática y transitoriamente el suministro de 470.791 consumidores que debían pasar al mercado libre. Posteriormente, 268.001 de estos consumidores fueron traspasados por la compañía a la comercializadora libre del Grupo, sin recabar su consentimiento expreso, tal y como determinaba la normativa sectorial en casos de cambio de comercializador. La estrategia fue desarrollada a través del envío de cartas, en las cuales la comercializadora de último recurso les comunicaba la cesión de su contrato de suministro a la empresa comercializadora en el mercado libre del Grupo, salvo que un plazo determinado después de la recepción de la carta, el cliente indicara lo contrario<sup>19</sup>.

El extinto Consejo de la CNC entendió que esta conducta era desleal en el sentido del art. 15.2 de la LCD, que determina la deslealtad por «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial», ya que se incumplió lo dispuesto en la mencionada Disposición Adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, al no solicitar el consentimiento de los consumidores, de la forma que establece dicha disposición, al momento de realizar el cambio de suministrador.

En la Resolución se resaltaba que la actuación «tuvo lugar en un especial momento temporal en el que se habían establecido las circunstancias necesarias para intensificar la competencia al dejar las distribuidoras de comercializar definitivamente, permitiendo a los comercializadores la captación de un grupo de clientes, los suministrados por una comercializadora de último recurso sin tener derecho a la tarifa de último recurso, atractivos por su volumen y por sus niveles de consumo».

Por otra parte, el anterior Consejo señaló que como consecuencia de dicha actuación se produjo un importante incremento en la cuota de fidelización a Iberdrola, importante en términos absolutos teniendo en cuenta la cuota de Iberdrola en este mercado, y una reducción del tamaño del mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores, reforzando la barrera de entrada a dicho mercado. Por lo que la conducta produjo un falseamiento de la libre competencia.

Respecto a la afectación al interés público de la práctica, la resolución volvía a subrayar que la infracción de norma se produce en el momento en que la liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad

---

en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente».

<sup>19</sup> Extracto de una de las cartas remitidas, en las que puede leerse: «[...] No obstante lo anterior, para que no tenga que realizar gestión alguna por su parte, y de acuerdo con lo previsto en la cláusula 10.<sup>a</sup> de las condiciones generales, le comunicamos que su contrato de suministro va a ser cedido a la empresa comercializadora en mercado libre Iberdrola, S. A., la cual se subrogará en todos los derechos y obligaciones del mismo. De esta manera, seguirá recibiendo el suministro sin interrupción y en unas condiciones idénticas a las que Iberdrola, S. A., ofrece en el mercado liberalizado [...].»

Creemos que esta cesión le permitirá recibir el suministro en condiciones más beneficiosas y que será del máximo interés para usted, por ello se entenderá aceptada salvo que, en el plazo de los cuarenta días siguientes a la recepción de la presente, nos indique lo contrario o contrate su suministro con cualquier otra comercializadora en mercado libre».

iba a desplegar todos sus efectos. Los comercializadores libres podían competir por los consumidores que iban a ser suministrados transitoriamente por una CUR y para éstos se abría la posibilidad de encontrar mejores alternativas de suministro. Además, tenía en cuenta que el suministro de electricidad es un *input* básico de la economía, y, en este caso, relevante para el colectivo al que se dirige la conducta, que fueron mayoritariamente pequeñas y medianas empresas.

En definitiva, la resolución concluye: «Por tanto, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se produce la conducta imputada, la liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad, el colectivo al que se dirigió, pequeñas y medianas empresas, y el servicio afectado, un *input* básico para las empresas y un servicio de primera necesidad para los consumidores domésticos, para este Consejo no hay duda de que la conducta ha afectado al interés público».

La multa impuesta en esta ocasión ascendió a 10.685.000 euros. La Resolución ha sido confirmada, en todos sus extremos, por la SAN de 21 de noviembre de 2013<sup>20</sup>.

#### C. RESOLUCIÓN DE 11 DE JUNIO DE 2012, EXPTE. S/0304/10 ENDESA

Este asunto, prácticamente idéntico al anterior, fue iniciado a raíz de un informe remitido por la extinta Comisión Nacional de la Energía (CNE)<sup>21</sup> a la extinta CNC en el que alertaba de la transformación llevada a cabo por Endesa Energía XXI, S. L. (Endesa) de la situación contractual de determinados clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso.

La estrategia puesta en práctica por Endesa se materializó, asimismo, a través del envío de cartas a los consumidores que transitoriamente estaban siendo suministrados por la CUR y que debían salir al mercado libre, en las cuales comunicaba el cambio automático de las condiciones del contrato de suministro al mercado libre, salvo que un plazo determinado después de la recepción de la carta, el cliente indicara lo contrario. El extinto Consejo consideró, de igual forma que en el caso anterior, que se había producido una violación de norma en el sentido del apartado 2 del art. 15 de la LCD, al no solicitar el consentimiento expreso del consumidor que pudiera ser acreditado por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo, tal y como preveía la Disposición Adicional primera de la Orden ITC/1659/2009.

En segundo lugar, la Resolución puso de manifiesto que «la “salida” al mercado de una masa significativa de clientes, como lo son estos clientes sin derecho a TUR, forzados por la implantación de la TUR penalizada,

<sup>20</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 21 de noviembre de 2013, núm. recurso 197/2012.

<sup>21</sup> Expediente informativo para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador libre, 2010.

constituía una oportunidad para los terceros competidores. Incentivados por el mayor coste que se les obligaba a soportar, los consumidores habrían buscado más activamente alternativas de suministro. De esta forma, los competidores hubieran tenido una mayor oportunidad de captar clientes y de dinamizarse el mercado. Sin embargo, la conducta de Endesa dificultó, cuando menos transitoriamente, que ello sucediera, traspasando a los clientes a mercado libre dentro de su propia cartera, obstaculizando el cambio y la competencia en precios».

Por ello, el extinto Consejo concluía que «resultaba innegable que se había producido una afectación de la competencia, en la medida en que el resto de comercializadoras se habían visto en desventaja para atraer a estos consumidores, lo que generó barreras adicionales al cambio de suministrador planificado por el legislador. Adicionalmente, la Resolución consideraba que dicha afectación era sensible o significativa. En primer lugar, por quien realizaba la conducta y su posición en el mercado. En segundo lugar, por la naturaleza de la conducta, que atentaba contra la apertura del mercado, contra la igualdad de condiciones de todos los operadores en el mismo y contra el principio de la libre elección del consumidor. En tercer lugar, por su alcance, que debía valorarse no respecto al total del mercado, sino de los consumidores sin derecho a TUR penalizados que podían salir al mercado libre, a los que los competidores hubieran podido optar».

Particularmente, respecto a la concurrencia del requisito de afectación al interés público, la Resolución declaró: «Se trata de una conducta que afecta a la comercialización de un bien esencial. En particular a los clientes más desinformados y con menor poder de negociación. Todo ello en un momento (2009-2010), en el que los poderes públicos trataban de fomentar la salida de estos clientes al mercado libre en condiciones transparentes y de manera que pudieran competir por ellos todos los comercializadores.

Respecto a la afirmación repetida por Endesa a lo largo de sus alegaciones de que la modificación de las cláusulas favorecía al cliente, hay que decir que la regulación no sólo pretende la protección del consumidor individual (objetivo al que sirven cláusulas como el art. 110 ter del RD 1955/2000). También pretende la protección del interés general plasmado en el funcionamiento competitivo del mercado, contra lo que la conducta de Endesa en este caso atenta y al que coadyuvan en cambio preceptos como la Disposición Adicional primera que ha resultado incumplida.

De hecho, difícilmente puede calificarse de beneficiosa para el consumidor una estrategia en la que:

- a) Se le presenta la normativa como algo que le va a causar un perjuicio, sin explicar su verdadero propósito.
- b) Incluso se le deja entrever que la misma puede exponerle a un corte en el suministro de un bien esencial.
- c) Apoyándose en ello, se le formula una oferta de manera ciertamente confusa, sin dejar claras las condiciones económicas. De algunas de las cartas no se desprende si quiera cuál es el precio al que se va

a producir el suministro. Sirva de ejemplo también de esta falta de transparencia y confusión la carta mandada a las administraciones públicas y la manera en que se redacta la rectificación (HP 4).

- d) No se sostiene tampoco la afirmación de que la conducta favorece al cliente cuando la propia Endesa reconoce que ha traspasado a los clientes no TUR, sin su consentimiento expreso, a unos precios menos competitivos que aquellos a los que, según los informes presentados por Endesa, otros competidores hubieran podido ofrecerles en el mercado libre.

No olvidemos que, mientras los clientes se suministran a TUR con recargo, este recargo sobre la TUR va al sistema de liquidación de la actividad regulada (HP 2.5). La conducta de Endesa no sólo ha supuesto que, los clientes traspasados en vez de obtener una oferta en condiciones de mercado (esa reducción de precios para la que los comercializadores tienen capacidad según Endesa) han obtenido sólo una rebaja del 2 por 100 de la TUR penalizada. Además, supone que la diferencia sobre la TUR, en vez de revertir al sistema vía penalización, ha constituido un ingreso para Endesa. La CNE advertía de este hecho en su informe antes citado:

“Además, se ocasiona un perjuicio al sistema, dado que con las actuaciones descritas, éste deja de percibir los ingresos obtenidos por los CUR sobre el precio de la TUR correspondientes al precio disuasorio que, de acuerdo con la regulación vigente, son considerados ingresos liquidables”.

Sin duda esta dimensión de la conducta también muestra claramente su impacto sobre el interés general, al afectar a los ingresos del sistema y, por ende, al déficit tarifario».

La Resolución imponía una sanción por conducta descrita de 5.475.000 euros y ha sido confirmada, igualmente, por la SAN de 31 de octubre de 2013<sup>22</sup>.

#### D. RESOLUCIÓN DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXPTE. S/410/12, ASCENSORES-2

Cambiando de sector, la última de las resoluciones sancionadoras en materia de aplicación del art. 3 se centra en el mercado de mantenimiento y conservación de aparatos elevadores.

El origen de este expediente son dos denuncias contra cinco empresas presentes en el mercado de mantenimiento de ascensores (Schindler, S. A., Zardoya Otis, S. A., Ascensores Eninter, S. L., Ascensores Imem, S. L., Industrial de Elevación, S. A.) por supuestas conductas contrarias al art. 3 LDC, consistentes en obstaculizar la actividad de los competidores en dicho mercado a través del empleo de medios desleales, tales como comunicaciones a clientes con contenido engañoso y denigratorio sobre las

<sup>22</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 31 de octubre de 2013, núm. recurso 340/2012.

actividades de sus rivales en el mantenimiento de ascensores y suministro de piezas de recambio, y actos de inducción a la infracción contractual con la intención de eliminar a competidores del mercado.

La principal característica de la actividad de mantenimiento y reparación, es su carácter secundario (mercados comúnmente denominados *aftermarkets*) en relación con la venta e instalación de ascensores, dado que el servicio de mantenimiento y reparación se demanda en la medida en que existe un parque de ascensores ya instalado que lo necesita. En este sentido, el Informe publicado por la extinta CNC sobre el funcionamiento del mercado de mantenimiento de ascensores en España (2011) ya puso de manifiesto que este mercado presenta los rasgos de un mercado altamente vinculado al mercado primario de instalación, caracterizado por un escaso dinamismo competitivo, apuntando como razones para ello, el alto grado de concentración de la oferta de mantenimiento, una tasa de rotación de clientes muy baja y la acusada especialización de los operadores principales del mercado en el mantenimiento de los ascensores que fabrican o instalan.

En este contexto, la conducta sancionada se sustenta en las comunicaciones remitidas a los clientes por comerciales de Otis, Schindler, Eninter e Imem y, en particular, en las afirmaciones y declaraciones contenidas en las mismas con contenido denigratorio y engañoso. Así, constan como hechos acreditados la remisión de comunicaciones, normalmente ante el preaviso del cliente de darse de baja para contratar con otro operador, realizando afirmaciones de forma genérica tales como: «Dichas empresas no suelen disponer de departamentos técnicos, ni ingenierías de apoyo, ni redes amplias que den la cobertura que precisa el mantenimiento veinticuatro horas de un ascensor, y no suelen emplear piezas originales»; «hay empresas, no fabricantes, que a falta de otros argumentos válidos, sólo pueden ofrecer un bajo precio en la cuota de mantenimiento, siendo habitual que promuevan la sustitución innecesaria de componentes por falta de piezas o desconocimiento de su funcionamiento»; «a día de hoy han aparecido una gran cantidad de empresas de pequeño tamaño, provenientes muchas de ellas de oficios de la electricidad, sin experiencia ni soporte técnico»; «que los repuestos serían conseguidos sin una garantía por parte del fabricante de origen y sin una garantía para el buen funcionamiento del aparato elevador». Otras comunicaciones se referían, sin embargo, a una empresa competidora en particular: «City Lift es una franquicia de ascensores, búscalo en internet, si pagas 9.000 euros tú también puedes ser ascensorista. El contrato de City Lift no garantiza nada, ni se responsabilizan de nada».

La Resolución declaró que, efectivamente, las comunicaciones obrantes en el expediente tienen un contenido denigratorio y constituyen actos de competencia desleal, al poner en entredicho, de forma genérica o específica, la capacidad técnica, profesional y económica de otras empresas competidoras pequeñas y de reciente creación que no se encuentran integradas verticalmente, al tiempo que siembran la duda a los clientes acerca de la calidad y seguridad del servicio que prestan los terceros competidores, haciéndoles saber datos erróneos y falsos que exceden de ser una información

objetiva y pertinente para la correcta y racional formación de la toma de decisiones de los destinatarios de las mismas.

En este sentido, la Resolución considera probado que las cartas o circulares se activan en el momento en que un cliente les comunica que tiene una oferta más competitiva. Y que las mismas no proponen mejores condiciones en precios o servicio para retener al cliente, sino que trasladan al cliente una serie de informaciones negativas sobre los competidores, datos erróneos o falsos, como la ausencia de determinadas homologaciones, las dificultades o imposibilidad de la obtención de piezas originales, apelando, además, a los riesgos, tanto personales como de seguridad del aparato, inherentes a la contratación con ellos.

Por lo que se refiere a su potencial para afectar el interés público tutelado, la Resolución parte de que las manifestaciones contenidas en las comunicaciones deben situarse en su contexto jurídico y económico. Así, señala que las empresas fabricantes e instaladoras de ascensores son operadores verticalmente integrados que parten con una ventaja competitiva en el mercado conexo de mantenimiento y reparación de ascensores: «Esta estructura de mercado, caracterizada por operadores más fuertes con redes en el mercado minorista genera, como ya se ha señalado, barreras a la entrada en el mercado de instalación y mantenimiento. En este contexto los operadores imputados han llevado a cabo las conductas descritas y calificadas ya como actos desleales. Con ello, Otis, Schindler, Eninter e Imem refuerzan las barreras a la entrada en el mercado de terceros competidores mantenedores que no se encuentran verticalmente integrados, obstaculizando la competencia y entorpeciendo la consolidación de las pequeñas empresas dedicadas al mantenimiento y reparación de ascensores fabricados e instalados por otros operadores».

Asimismo, se destaca como elemento relevante en el análisis el hecho de que «las imputadas cuentan con un número de clientes considerable, siendo algunas de ellas las principales empresas en el sector de los ascensores actuando en todo territorio nacional. Además, el hecho de que no exista un registro por parte de estas empresas que permita cuantificar el número de misivas de contenido desleal enviadas a los clientes, e incluso en su intento de cuantificarlas como hace Schindler, no impide que estemos ante una práctica conocida en el sector puesto que algunas imputadas (Otis, Schindler, Imem) han reconocido que muchas de esas comunicaciones son modelos y que han sido enviados en más ocasiones que las que constan en el presente caso. Por tanto, el Consejo considera que la conducta que imputa la DI ha quedado debidamente probada de forma clara y suficiente. La documentación que obra en el expediente revela que las comunicaciones de contenido desleal remitidas por éstas a sus clientes han sido una práctica seguida por todas ellas en el sector y en ellas se descalifica o denigra a los competidores, especialmente a los mantenedores que no son a su vez fabricantes o instaladores de ascensores».

En contraposición, por lo que se refiere a la denuncia contra Industrial de Elevación, S. A., la quinta empresa imputada en el expediente, la Resolución

valoró que el acto de inducción a la infracción contractual llevado a cabo por esta empresa no tiene la misma naturaleza que las acciones denigratorias realizadas por el resto y que, considerando el hecho de que no se acreditara la utilización genérica o habitual de este tipo de comunicaciones, más allá del caso puntual, no podía mantenerse que este comportamiento trascendiera la mera relación entre particulares y tuviera el impacto suficiente sobre el funcionamiento competitivo del mercado para poder ser considerada una infracción de la LDC, por lo que su represión debía quedar reservada a la LCD y su enjuiciamiento a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

#### E. RESOLUCIONES DE ARCHIVO

Como suele ser habitual y lógico tratándose de la aplicación del art. 3 de la LDC, también han sido numerosas las resoluciones dictadas en este último periodo archivando las actuaciones examinadas a la luz del precepto mencionado. Baste señalar en tal sentido las de 28 de noviembre de 2011, expte. S/0370/11 Apple; de 15 de diciembre de 2011, expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera; de 16 de enero de 2012, expte. S/0353/11 Cespa Gestión de Residuos; de 27 de enero de 2012, expte. S/0377/11 Amazon; de 12 de mayo de 2012; S/0308/10 Agrupación Técnica Profesional de Asesores de la Propiedad Inmobiliaria; de 9 de enero de 2013, expte. S/0299/10 Consejo Colegios Odontólogos y Estomatólogos; de 26 de junio de 2013, expte. S/0458/13 Ascensores 3; de 13 de febrero de 2014, expte. S/0456/13 Carrefour; y de 10 de abril de 2014, expte. S/DC/0508/14 Dia, S. A.

En todas ellas se concluye que la conducta valorada no tenía la entidad suficiente para afectar al interés público protegido por la legislación de defensa de la competencia. A tal efecto se tienen en cuenta circunstancias tales como la afectación de la conducta a un número muy reducido de dispositivos electrónicos (71); la aportación de nueve tickets de compra referidos a un número muy reducido de artículos en relación con la totalidad de artículos que vende la denunciada; el hecho de que no quepa presumir que de la conducta se puedan derivar cambios en los parámetros comerciales (calidad, cantidad o precio) de los productos ofertados; la no acreditación de la existencia de un perjuicio que esté limitando las condiciones de competencia en el mercado de la distribución minorista de bienes de consumo ni del nexo entre el daño y la conducta denunciada en el caso de ventas a pérdidas; la no afectación a la competencia en ninguno de los posibles mercados afectados y en ningún caso a la competencia entre los agentes de la propiedad inmobiliaria; la posición relativa de la denunciada el mercado; el alcance limitado (a la denunciante, denunciada y a la Administración Pública) de las manifestaciones vertidas por la denunciada en el marco de un procedimiento judicial.

A este respecto merece ser destacado que las dos resoluciones de archivo más recientes aludidas (exptes. S/0456/13 Carrefour y S/DC/0508/14 Dia, S. A.) han sido ya dictadas por la Sala de Competencia de la nueva

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)<sup>23</sup>, por lo que se puede prever, con la cautela derivada de la inexistencia de una resolución sancionadora que aportaría sin duda más datos sobre la cuestión, que las pautas generales y la metodología concreta de aplicación de este artículo por el nuevo organismo van a ser coherentes con las establecidas por el anterior Consejo de la CNC.

#### 4. PAUTAS DE INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE AFECTACIÓN AL INTERÉS PÚBLICO EN RELACIÓN CON EL ART. 3 DE LDC

De las anteriores resoluciones examinadas puede colegirse con bastante precisión cuáles son los criterios principales sobre los que la Autoridad de Competencia ha fundamentado últimamente la afectación al interés público de la conducta analizada y, por ende, su competencia para sancionar prácticas desleales en virtud del art. 3.

Al respecto hay que señalar, con carácter previo, que de los más recientes pronunciamientos se puede advertir cierta tendencia, positiva a nuestro juicio, de conformidad con lo expuesto en las primeras páginas de este trabajo, a valorar de forma conjunta los últimos dos requisitos de aplicabilidad del precepto, esto es, el falseamiento de la libre competencia y la afectación al interés público. Esto se refleja particularmente en la Resolución ATR Gas Natural, donde se declara, una vez afirmada la deslealtad de la conducta, que la existencia de una infracción del art. 3 requiere, además, demostrar «la afectación al interés público por falsear la competencia», argumentando seguidamente los criterios en los que se funda la concurrencia de este presupuesto. Adicionalmente, si bien en las otras resoluciones se analizan de forma separada y autónoma, lo cierto es que los razonamientos esgrimidos en uno y otro caso son esencialmente idénticos. Ello demuestra los problemas que, tanto desde un punto de vista conceptual como práctico, tal distinción plantea e, incluso, la futilidad de la misma, considerando la dependencia recíproca ya apuntada de ambos requisitos. Lo relevante, en todo caso, será acreditar los efectos cualificados que tienen dichos actos desleales, que deberán ser apreciables y relevantes desde la perspectiva de la libre concurrencia en el mercado.

Pues bien, de lo expuesto anteriormente se puede inferir que la Autoridad de Competencia ha basado la afectación al interés público de las actuaciones enjuiciadas, principalmente, en cuatro elementos comunes a todas ellas, que pueden resumirse del siguiente modo: 1) Quién realiza las conductas; 2) a quién afectan dichas prácticas; 3) el alcance cualificado de las mismas, y 4) las características particulares de los mercados en las que se llevan a cabo.

En primer lugar, todas las resoluciones toman en consideración la especial entidad de las empresas que llevan a cabo las prácticas desleales

<sup>23</sup> Creada mediante Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, pp. 42191-42243).

sancionadas. Así, en los primeros casos analizados, las actuaciones fueron desarrolladas bien por el antiguo monopolista, incumbente en el mercado liberalizado (Gas Natural), bien por las sociedades comercializadoras de los dos principales grupos energéticos de nuestro país (que, en el momento en el que tienen lugar las conductas sancionadas, tenían cuotas de 40,5 por 100 —Iberdrola—, y 36,6 por 100 —Endesa—), y que, adicionalmente, se encontraban entre las únicas cinco comercializadoras de último recurso designadas legalmente.

Por lo que se refiere al expediente Ascensores-2, se tiene en cuenta que se trataba de operadores verticalmente integrados que parten con una ventaja competitiva en el mercado conexo de mantenimiento y reparación de ascensores y que, además, se encontraban entre las principales empresas en el sector de los ascensores actuando en todo el territorio nacional. En este sentido, de acuerdo con el Informe sobre el sector publicado por la extinta CNC en 2011, tres de las cuatro empresas sancionadas se encuentran entre los diez operadores principales tanto del mercado de instalación como mantenimiento, siendo una de ellas, Otis, la principal empresa del mercado en términos de cuota de instalación y mantenimiento.

Por tanto, puede concluirse que en los últimos casos sancionados, el art. 3 ha sido aplicado, mayoritariamente, a empresas que si bien no gozan de una posición dominante en el mercado, cuentan con una posición privilegiada o de relativa fortaleza, capaz de dotar a sus actuaciones de efectos de especial entidad en el mercado. En el último asunto, además, de la resolución parece deducirse también la especial consideración de que se trataba, no de una conducta individual, sino de conductas generalizadas en el mercado por parte de las empresas verticalmente integradas con el consiguiente efecto acumulativo de las mismas.

En segundo término, se valora particularmente el colectivo afectado por las prácticas realizadas. En el caso de las resoluciones referentes al mercado de suministro minorista de gas y electricidad se hace especial hincapié en los destinatarios directos de las cartas, consumidores domésticos y pequeñas y medianas empresas, poniendo de manifiesto, asimismo, que se trataba de los clientes más desinformados y con menor poder de negociación. Por otra parte, en la Resolución Ascensores-2 se resalta la aptitud de las comunicaciones remitidas para alterar la correcta y racional formación del proceso de toma de decisiones de los consumidores a los que aquéllas iban dirigidas.

De esta forma parece subrayarse la especial funcionalidad del art. 3 en la protección directa de los intereses de los consumidores, más allá de la protección indirecta o mediata que dispensan las prohibiciones típicas de la normativa *antitrust*, toda vez que su objetivo inmediato consiste en asegurar que las empresas compitan, que no abusen de su poder de mercado o que no adquieran éste a través de fusiones anticompetitivas<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> En la jurisprudencia, Sentencias del Tribunal General (Sala 5.<sup>a</sup>), de 9 de septiembre de 2010, asunto T-155/06, *Tomra c. Comisión*, apartado 206; y de 14 de abril de 2011, asunto T-461/07, *Visa c. Comisión*, apartado 118.

Adicionalmente, las resoluciones analizadas subrayan el alcance de las conductas en clave cuantitativa. En la Resolución ATR Gas Natural se alude a su millonario alcance, al haber sido remitida la carta a más de cinco millones de consumidores. En el caso de *Iberdrola y Endesa*, se valora también la magnitud de la estrategia desleal aunque en términos relativos, esto es, no respecto del total del mercado de suministro minorista, sino de los consumidores que al no tener derecho a TUR debían salir al mercado libre (339.012 y 327.241, respectivamente).

En el asunto *Ascensores-2*, aunque la Resolución reconoce la imposibilidad de cuantificar el número de misivas de contenido desleal enviadas a los clientes (por la propia dificultad de las empresas para ello), consideraba, a estos efectos, que las empresas contaban con un número de clientes considerable, siendo algunas de ellas las principales empresas en el sector actuando en todo el territorio nacional, y que la mayoría de ellas reconocieron que muchas de esas comunicaciones eran modelos y que habían sido enviadas en más ocasiones que las que constaban en el expediente. En definitiva, en este supuesto, el extinto Consejo tuvo en cuenta que se trataba de una práctica generalizada, que afectaba a un número indeterminado pero indudablemente alto de consumidores, por lo que el efecto de la misma en el mercado era, sin duda, significativo.

Además, en todas ellas se tiene en cuenta que las actuaciones desleales llevadas a cabo no tienen por objeto perjudicar la posición competitiva de un concreto competidor, sino la de todos los competidores, o, al menos, los competidores que, por circunstancias, encuentran más dificultades para acceder al mercado.

Por último, todos estos pronunciamientos tienen en cuenta, asimismo, las especiales características del mercado en el que se llevan a cabo y, en particular, las dificultades y barreras existentes en los mismos para la existencia de una competencia efectiva. En las conductas sancionadas en los mercados de gas y electricidad se resaltó particularmente esta consideración atendiendo al momento temporal en el que las mismas se llevaron a cabo, en pleno proceso de liberalización del mercado de suministro eléctrico y gasístico, en el que los poderes públicos trataban de fomentar la salida al mercado libre de los clientes con menor disposición al cambio, de tal manera que pudieran competir por ellos todos los comercializadores, donde una gran proporción de la demanda presenta una enorme inercia a suministrarse de la comercializadora verticalmente integrada con su distribuidor, y donde el crecimiento de nuevos puntos de suministro es limitado.

Asimismo, en la Resolución de 17 de septiembre de 2013 se tiene en cuenta también la estructura particular del mercado de mantenimiento y reparación de ascensores, caracterizado por una fuerte vinculación de las actividades de instalación y conservación, por un predominio de las empresas verticalmente integradas y por la dificultad para acceder al mercado de mantenimiento y reparación de los operadores no integrados.

Éstos constituyen, por tanto, en la doctrina más reciente de la Autoridad de Competencia que, además, ha sido refrendada por los Tribunales, los cuatro criterios de interpretación del requisito de «afectación del interés público por falsear la competencia». Entendemos, por lo demás, que ello no significa que en todo caso deban concurrir simultáneamente para que la conducta se pueda incardinar en el art. 3 de la LDC, pero muestran el especial celo de la autoridad en circunscribir su actuación y facultad sancionadora a aquellas conductas desleales que, tanto con una aproximación cuantitativa como cualitativa, tengan realmente un alcance notorio y unos efectos apreciables en el mercado desde el punto de vista de la libre competencia.

Por otra parte, hemos de referirnos a las menciones incluidas en alguna de las resoluciones precedentes que apuntan a otros elementos de juicio para valorar la concurrencia del mencionado requisito como son la afectación a un *input* básico de la economía o bien esencial para la población, refiriéndose al suministro minorista de gas y electricidad, o la afectación a los ingresos del sistema y al déficit tarifario, aludiendo a los ingresos obtenidos por los CUR sobre el precio de la TUR una vez que los clientes habían sido traspasados al mercado libre. Aunque pueda ser censurable la utilización de estos argumentos en sede de aplicación del art. 3 y, más genéricamente, de la Ley de Defensa de la Competencia, toda vez que venimos defendiendo desde un principio que el interés público comprometido por el precepto solamente puede ser el interés público de la libre competencia, esto es, a la instauración, potenciación o mantenimiento de la estructura o del proceso competitivo del mercado en cuestión, no obstante, hemos de observar que los mismos son utilizados en todas ellas como argumentos complementarios, que no definitorios o esenciales, en la acreditación del cumplimiento del requisito afectación al interés público.

De igual manera, en ocasiones se ha criticado<sup>25</sup> que, en contra de su propia doctrina establecida sobre la metodología de análisis de los requisitos establecidos en el art. 3, la Autoridad de Competencia siga examinando primeramente si existe un acto de competencia desleal, para a continuación valorar si el mismo tiene aptitud para falsear la competencia, determinando finalmente si afecta al interés público o no. En este sentido se puede confirmar que el procedimiento de análisis del órgano instructor y, entendemos que igualmente del órgano de resolución, parte de verificar si en el asunto particular denunciado o investigado hay indicios de afectación del interés público de la libre competencia, y solamente en el supuesto en el que esta cuestión sea contestada positivamente tiene lugar la valoración y calificación jurídica de las conductas con arreglo a la legislación general de competencia desleal. Cuestión distinta es que, tal y como dichas críticas apuntan, por razones de claridad sistemática, posteriormente, la exposición del correspondiente análisis se haga siguiendo el orden y estructura utilizados en el precepto.

<sup>25</sup> S. CABRERA ZARAGOZA y A. ESCUDERO PUENTE, *op. cit.*, pp. 242-243.

## 5. CONCLUSIONES

La actividad de la Autoridad de Competencia en los últimos años, por causa de las importantes multas impuestas y la entidad de los operadores implicados, ha vuelto a reivindicar el valor del art. 3 de la LDC y la funcionalidad de su aplicación como norma de cierre del sistema normativo de defensa de la competencia.

Así, la experiencia reciente muestra que se ha revelado especialmente efectivo en la represión de las actuaciones unilaterales, pero en algunos casos generalizadas, de empresas no dominantes que son capaces de dotar a su conducta de efectos especialmente relevantes desde la perspectiva de la defensa de la competencia, llevadas a cabo en mercados en los que, por su propia idiosincrasia, es necesaria una estricta supervisión para garantizar un nivel suficiente de competencia en los mismos.

Además, los últimos pronunciamientos de la autoridad española sancionando actuaciones con incidencia directa sobre los consumidores y sobre su capacidad de decisión avalarían, asimismo, la función tuitiva directa de los intereses de los consumidores que, de modo excepcional, otorga la normativa de defensa de la competencia, en este caso, vía art. 3 de la LDC, y en otros, mediante su legitimación para la reclamación de daños y perjuicios por infracciones de competencia o la consideración a su participación equitativa en las ventajas de un acuerdo para la inaplicación de la prohibición general del art. 1, en virtud de lo establecido en el art. 1.3.a) de la LDC.

Todo ello, sin embargo, no impide reconocer su carácter residual o secundario respecto de las prohibiciones típicas de la normativa *antitrust*, considerando que la represión de los actos desleales sólo incumbirá a los órganos de defensa de la competencia en la medida que se cumpla el requisito clave de aplicación del precepto, que no es otro sino la afectación al interés público protegido por la Ley de defensa de la competencia.

Los últimos pronunciamientos que a este respecto se han analizado a lo largo de este artículo, confirmados en su gran mayoría por las instancias judiciales, demuestran el afán de la autoridad administrativa de delimitar de forma rigurosa sus facultades de investigación y sanción en materia desleal atendiendo a criterios como la posición privilegiada de la empresa que lleva a cabo la conducta, el alcance cuantitativo de la misma, el mercado en fase de liberalización en el que se realiza, el efecto acumulativo de prácticas generalizadas o el colectivo especialmente desprotegido y desinformado de consumidores al que se dirigen.

En tal sentido, y dada la reforma institucional acaecida recientemente, esperamos que la Sala de Competencia de la nueva CNMC siga la ruta marcada en las últimas resoluciones por el anterior organismo en orden a acreditar rigurosamente qué actos desleales afectan al orden público concurrencial y cuáles no, de acuerdo con los criterios funcionales expuestos, en beneficio tanto de la potenciación y el fomento de la competencia en mercados que plantean más problemas desde esta perspectiva, como del propio bienestar de los consumidores.