

LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ¿LA REACTIVACIÓN DEL ILÍCITO?

SUSANA CABRERA ZARAGOZA
ALBERTO ESCUDERO PUENTE
Abogados en Garrigues

1. Introducción

La calificación de los actos desleales como una infracción de defensa de la competencia ha sido tradicionalmente controvertida. Ello se ha reflejado en la propia delimitación del tipo legal que ha sufrido distintas modificaciones desde su concepción, llegando incluso a plantearse su desaparición en el *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*, que revisó el sistema de defensa de la competencia vigente con la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (la antigua LDC).¹ Sin embargo, para sorpresa de muchos, se mantuvo este ilícito en la actual redacción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), tipificando en su artículo 3, aquellos actos desleales que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

No han sido tampoco numerosos los precedentes en los que, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), primero, y la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), después, han apreciado la existencia de una infracción de la normativa de competencia derivada de una conducta desleal. En realidad, se limitan a una veintena. Aproximadamente en la mitad de los asuntos no se impuso multa o su importe fue reducido, siendo anuladas en sede contencioso-administrativa las cuatro resoluciones, de las que resultaron las más elevadas sanciones. Sin embargo, en los últimos meses la CNC ha vuelto a valerse del artículo 3 de la LDC para imponer

1. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/tabid/188/Default.aspx?pag=2>.

sanciones a Gas Natural,² Iberdrola³ y Endesa,⁴ todas ellas de elevada cuantía (2,6; 10,6 y 5,4 millones de euros, respectivamente).

Este artículo ofrece una panorámica del artículo 3 de la LDC de cara a examinar si este precepto está teniendo un predicamento mayor que sus antecesores, y en su caso, anticipar si resulta probable una aplicación más intensa en el futuro. A estos efectos, se analizarán primeramente las sucesivas redacciones de este ilícito para, a continuación, examinar su configuración actual y los requisitos para su aplicación. Seguidamente, se estudiará cual ha sido la práctica del TDC y en mayor medida, de la CNC, junto con su revisión judicial para finalmente hacer una reflexión sobre si se justifica el mantenimiento de este ilícito en la LDC.

2. Las sucesivas redacciones del tipo de infracción de defensa de la competencia por acto desleal

El origen del artículo 3 de la LDC se sitúa en el también artículo 3 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre la Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (Ley 110/1963). Inicialmente, este precepto no se configuró como un tipo autónomo, debiendo únicamente tenerse en cuenta la práctica desleal si esta formaba parte de un acuerdo o práctica concertada o se llevaba a cabo por una empresa en posición de dominio.⁵

La antigua LDC modificaría sustancialmente esta cuestión pasando a tipificarse los actos desleales en el artículo 7 de manera independiente de las restantes conductas prohibidas y sin necesidad de que el acto desleal derivara de un acuerdo restrictivo o partiera de una empresa en posición de dominio. El nuevo precepto, en una redacción muy similar a la actual, otorgaría competencia al TDC para conocer 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».

No obstante, tras la aprobación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), se consideró conveniente modificar *ex* Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 52/1999) la redacción del artículo 7 al objeto de clarificar —al menos, así lo recogía la Exposición de motivos— que la prohibición solo operaría cuando la distorsión de la competencia fuese grave, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo. Con

2. Resolución de la CNC de 29 de julio de 2011 en el asunto S/0184/09–Gas Natural.

3. Resolución de la CNC de 24 de febrero de 2012 en el asunto S/0213/10–Iberdrola Sur.

4. Resolución de la CNC de 11 de junio de 2012 en el asunto S/0304/10–Endesa.

5. El artículo 3 de la Ley 110/1963 establecía que: «En particular quedan prohibidas las prácticas concertadas o abusivas que, incluidas en los artículos anteriores, consistan en: d) desarrollar una política comercial que tienda por competencia desleal a la eliminación de los competidores.»

la nueva redacción, el TDC conocería de los actos desleales siempre que concurren 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».

El balance de los varios años de aplicación del artículo 7 de la antigua LDC recogido en el *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia* fue poco elogioso.⁶ La reforma motivó también un intenso debate sobre si convenía eliminar este ilícito en la nueva ley.⁷ Ese precepto era señalado como una de las «debilidades» del marco regulatorio entonces vigente por su «deficiente definición». De ahí que se planteasen dudas sobre su mantenimiento, a la vista de su escasa aplicación y su posible protección mediante otras normas u órganos, permitiendo de esta manera a las autoridades de defensa de la competencia centrar sus recursos en las prácticas restrictivas más graves. Otras voces abogaban, sin embargo, por el mantenimiento del precepto⁸ —siempre que se clarificara su contenido— por ser un tipo adecuado para la represión de determinadas conductas anticompetitivas que no tenían encaje en los entonces artículos 1 y 2 de la antigua LDC. Algunos indicaron que podría además completarse añadiendo, a título de ejemplo, algunos comportamientos unilaterales que resultan prohibidos aunque el que los realice no tenga posición dominante, como el boicot, la explotación de la situación de dependencia económica o el precio predatorio.⁹

Se proponía por tanto, bien eliminar el artículo 7 de la antigua LDC, bien aclarar su redacción, aconsejándose en caso de mantenimiento eliminar cualquier duda con respecto a que la afectación grave de la competencia implica la afectación del interés público.

Finalmente, a pesar de que la mayor parte de las opiniones vertidas sobre este precepto abogaban por su desaparición, se mantuvo en el nuevo texto legal la prohibición del falseamiento de la competencia por conductas desleales, esta vez en el artículo 3 de la LDC,¹⁰ sin que se presentase ninguna enmienda en el Con-

6. El apartado 104 del *Libro Blanco* disponía que:

i) En la mayoría de los casos se han desestimado los recursos contra acuerdos de archivo o sobreseimiento del Servicio por considerar que no concurren las tres circunstancias exigidas para que una conducta desleal pueda ser constitutiva de una infracción del artículo 7 de la LDC. ii) En pocas ocasiones se ha declarado una infracción del artículo 7 y, en su caso, se ha impuesto una multa. iii) En alguna ocasión el TDC ha analizado el acto supuestamente desleal como un posible abuso de la posición de dominio.

7. Comentarios al *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/ComentariosalLibroBlanco/tabid/189/Default.aspx>

8. Ver por ejemplo, en este sentido, DIEZ ESTELLA, F. 2005. «¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?», en *Diario La Ley*, Año XXVI, n.º 6373. Lunes, 5 de diciembre de 2005, págs. 1 y ss.

9. Ver, en este sentido, los comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia al *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*. http://www.aedc.es/wp-content/uploads/2012/05/Comentarios_al_Anteproyecto_LCCNMC_AEDC.pdf.

10. La Exposición de motivos de la LDC señala escuetamente al respecto:

En cuanto a los tipos de infracción, se mantiene la prohibición de los acuerdos entre empresas y del abuso de posición de dominio así como del falseamiento de la libre competencia por actos desleales, aclarándose la redacción de este último tipo. Sin embargo, se elimina la referencia específica al abuso

greso de los Diputados, ni posteriormente en el Senado, aprobándose el texto propuesto sin mayor debate.

El texto definitivamente aprobado del artículo 3 de la LDC prevé que:

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.

Frente a la redacción del artículo 7 de la antigua LDC, se incluye una mención a la competencia de los organismos autonómicos para su aplicación y se omite la mención expresa a que el falseamiento de la competencia sea *sensible o grave*.¹¹ No obstante, como se verá más adelante, la CNC ha continuado exigiendo que el falseamiento de la competencia sea significativo, pues de otra manera no existirá afectación al interés público y, por tanto, no se darán los requisitos de aplicación del ilícito.

3. Los requisitos para la aplicación del artículo 3 de la LDC

El artículo 3 de la LDC se configura, como se ha indicado anteriormente, como un tipo dotado de autonomía respecto de las restantes prácticas prohibidas tipificadas en los artículos 1 y 2 de la LDC. Las consecuencias de la vulneración de este precepto se contemplan igualmente en la propia LDC de manera independiente, mereciendo la calificación de infracción grave.

No es por tanto preciso para su aplicación que exista un acuerdo entre empresas, como exige el artículo 1 de la LDC, o una posición dominante, como requiere el artículo 2 de la LDC presentando este precepto sus propios requisitos de aplicación. Así, se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo al afirmar, precisamente, que un acto de competencia desleal llevado a cabo por una empresa en posición dominante no constituye por sí mismo un abuso de posición de dominio, no pudiendo tampoco calificarse como abusivo un comportamiento desleal reali-

de dependencia económica, que ya se encuentra regulado en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-1991.html), y puede, por tanto, incardinarse en el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

11. Esta modificación se derivaría como acertadamente expone la doctrina más autorizada de:

la contradicción que resultaba de exigir, por una parte, que el falseamiento de la competencia tuviera una trascendencia significativa (que es, como se ha recordado, el sentido que tuvo en la práctica la exigencia de que el falseamiento de la competencia fuera sensible o su distorsión grave) y requerir, por otra parte, que ese falseamiento adicionalmente afectara al interés público, como si el falseamiento que tiene ese alcance no comportara por sí mismo una afectación del interés público.

MASSAGUER, J. 2010. «Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Civitas (2.ª ed.). Madrid, págs. 213 y ss.

zado por una empresa en posición de dominio si no se cumplen los restantes requisitos de aplicación del artículo 3 de la LDC.¹²

En definitiva, el artículo 3 de la LDC requiere para su aplicación de la concurrencia de una serie de elementos que no pueden obviarse por la mera presencia de los requisitos que conforman el tipo de los artículos 1 y 2 de la LDC, sin que ello impida, en su caso, la aplicación conjunta del artículo 3 de la LDC con los artículos 1 y/o 2 de la LDC.

¿Y cuáles son estos elementos? La práctica del TDC ha sido errática, en particular tras la reforma operada por la Ley 52/1999. No obstante, parece desprenderse de la mayoría de los precedentes de aplicación del artículo 7 de la antigua LDC,¹³ que tres eran los requisitos cuya concurrencia era necesaria para la aplicación del ilícito: i) la existencia de un acto de competencia desleal; ii) el falseamiento sensible o grave de la libre competencia; y iii) la afectación del interés público. Así se confirmaba también en el propio *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*.¹⁴ Ciertamente, la metodología empleada por el extinto TDC no resulta homogénea y en muchas ocasiones se ha venido efectuando por la autoridad de competencia un análisis conjunto del requisito de falseamiento de la libre competencia y de la afectación del interés público.¹⁵

Tras la nueva redacción del artículo 3 de la LDC, y debido a su tenor literal, se ha planteado si el falseamiento de la competencia y la afectación al interés público han de considerarse un único elemento del tipo. Las resoluciones de la CNC en aplicación del artículo 3 de la LDC no ofrecen una respuesta uniforme. En la mayor parte de ellas, el Consejo de la CNC parece en efecto, referirse a una aplicación unitaria del concepto de falseamiento de la competencia y de la afectación del interés público¹⁶ señalándose incluso en varios precedentes de manera explícita, que la infracción del artículo 3 de la LDC requiere «la concurrencia en la conducta de dos condiciones: la existencia de un acto de competencia desleal de acuerdo con la Ley 3/1991 de Competencia Desleal y la afectación del interés público».¹⁷ Sin

12. Sentencia del TS de 20 de junio de 2006 *Retevisión / Telefónica*.

13. Ver, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de la CNC, de 28 de enero de 2009 en el asunto 2659/05–Rotores; del TDC de 26 de febrero de 2004 en el asunto 560/03–Grupo Freixenet; y del TDC de 7 de febrero de 2003 en el asunto 536/02–IFCC/Correos.

14. La concurrencia de los tres requisitos se reconoce en el párrafo 104 del *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*.

15. Ver por ejemplo la Resolución de 21 de febrero de 2006 en el asunto r 675/05–Bas/Mapfre.

16. Ver, en este sentido, la Resolución de 29 de mayo de 2009 en el asunto SA/CAN/0002/08–Electrodomésticos Canarias donde se indica «para que la CNC resuelva sobre si un acto de competencia desleal incurre en una conducta prohibida por la LDC, debe cumplirse el requisito que el mismo artículo 3 establece, que no es otro que el que exista afectación del interés público provocado por el acto desleal». Ver en este mismo sentido la Resolución de 10 de noviembre de 2009 en el asunto S/0160/09–Venta de Aceite de Grandes Superficies. Uno de los ejemplos más recientes de análisis conjunto lo encontramos en la Resolución de la CNC, de 29 de julio de 2011, en el asunto S/0184/09–Gas Natural.

17. Resolución de la CNC de 20 de febrero de 2012 en el asunto S/0310/10–Balearia, aunque posteriormente en la misma resolución parece reconocer igualmente como requisito independiente el falseamiento de la libre competencia cuando afirma que:

embargo, en alguna otra resolución y, en concreto, en dos de las más recientes, en los asuntos Iberdrola Sur¹⁸ y Endesa,¹⁹ la CNC parece volver a la metodología originaria, analizando de manera separada, el requisito de falseamiento de la libre competencia de la afectación del interés público.

A nuestro entender, si bien el falseamiento de la competencia y la afectación al interés público son dos conceptos íntimamente relacionados, se trata en definitiva de nociones distintas e independientes cuya concurrencia habría de demostrarse para confirmar la existencia de una infracción. No hay que olvidar que la única diferencia entre la redacción del artículo 3 de la LDC y el artículo 7 de la antigua LDC —en su redacción originaria— es la desaparición del adjetivo que cualifica la intensidad del falseamiento de la competencia necesario para que se produzca una afectación del interés público, sin que ello debiera suponer una modificación de los elementos del tipo y, por tanto, la reducción de los requisitos a examinar a la hora de determinar si existe una infracción del precepto o una modificación en la sistemática que se vino siguiendo por el TDC antes de la aplicación del nuevo artículo.

Cuestión distinta es que desde una perspectiva metodológica se analice primeramente, si la conducta examinada falsea la competencia o afecta al interés público, de manera que si tras ese análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no se efectúa una calificación jurídica desde la óptica de la competencia desleal. Esta sistemática a la que el propio Consejo se refiere en sus resoluciones como «doctrina consolidada», confirmada además por los tribunales,²⁰ particularmente consistente²¹ tras la entrada en vigor de la LDC,²² hasta el punto que en un asunto en el que se examinó en primer lugar por la Dirección de Investigación si una determinada conducta constituía un acto de competencia desleal, el Consejo en sus Fundamentos de Derecho, se mostró disconforme por no haberse aplicado la metodología adecuada.²³

el análisis de la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta el contexto jurídico y económico afectado por la conducta, debe preceder al de la apreciación de la aptitud de la misma para falsear la competencia efectiva, puesto que en ausencia de dicho presupuesto, que es el que habilita a la autoridad de competencia para sancionar actos de competencia desleal, la calificación jurídica de la conducta en virtud de la normativa contra la competencia desleal carece de relevancia jurídica a efectos de la Ley de Defensa de la Competencia.

Del mismo tenor literal es la Resolución de la CNC de 15 de diciembre de 2011 en el asunto S/ 0350/11—Asistencia en carretera.

18. Resolución de la CNC de 24 de febrero de 2012 en el asunto S/0213/10—Iberdrola Sur.

19. Resolución de la CNC de 11 de junio de 2012 en el asunto S/0304/10—Endesa.

20. Ver, entre otras, la Sentencia de la AN de 11 de septiembre de 2008, recurso n.º 488/2006 FD 4º.

21. Con alguna excepción como la Resolución de 11 de julio de 2011 en el asunto S/313/11—Federación Cines.

22. Ver inter alia la Resolución de 11 de marzo de 2008 en el asunto S/0041/08—Tu billete o la Resolución de 2 de diciembre de 2010 en el asunto S/0265/10—Cofradía de Pescadores Sant Pere de l'Ametlla.

23. Así se indica en la Resolución de la CNC de 15 de diciembre de 2011 en el asunto S/0350/11—Asistencia en carretera:

A continuación se examinan con mayor detalle los tres elementos necesarios para la aplicación del artículo 3 de la LDC y, por tanto, para que la CNC pueda actuar contra actos desleales.

3.1. Existencia de un ilícito desleal

En lo que respecta al juicio de deslealtad del acto, las autoridades de defensa de la competencia han venido señalando²⁴ que los actos de competencia desleal deben ser evaluados con arreglo a la legislación general en esta materia, es decir, la propia LCD,²⁵ sin que sea necesario un pronunciamiento previo por parte del órgano jurisdiccional.

El Consejo no comparte esta metodología de análisis de la concurrencia de los presupuestos de aplicación del art. 3 de la LDC, pues es contraria a su reiterada doctrina. La aplicación de la Ley de Competencia Desleal corresponde a los tribunales de justicia y la autoridad de competencia solo está facultada para realizar el reproche de deslealtad competitiva cuando a 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 artículo 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 solo 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.

24. Salvo algunas excepciones mencionadas en las primeras resoluciones, tales como las resoluciones del TDC de 30 de diciembre de 1991 en el asunto 295/91–Bombas Cobalto, y de 8 de julio de 1992 en el asunto 294/91–Aceites, donde se consideró igualmente que la deslealtad podría también derivarse de los artículos 7 y 1902 del Código Civil y en otras normas.

25. Así, por ejemplo, la Resolución del TDC de 3 de abril de 2001 en el asunto R435/00–Propiedad Inmobiliaria Toledo, se señaló que:

el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia es una norma en blanco, es decir, un precepto incompleto que contiene un reenvío normativo expreso a la ley de Competencia Desleal, de tal manera que en la redacción del artículo 7 vigente al tiempo de tener lugar los hechos denunciados, el tipo de la conducta sancionable queda integrado por los elementos que recoge el propio artículo, es decir, que como consecuencia de la conducta se produzca un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o parte del territorio nacional y una afectación del interés público y, además, por la incorporación de los elementos normativos de carácter descriptivo que contienen los artículos 5 a 17 de la Ley de Competencia Desleal. De esta manera, puesto que para que pueda sancionarse conforme al artículo 7 de la LDC una conducta determinada es presupuesto indispensable el que la misma se encuentre tipificada en alguno de los preceptos mencionados de la Ley 3/1991.

En este mismo sentido se pronuncian las más recientes resoluciones de la CNC, como por ejemplo, la Resolución de 10 de noviembre de 2009 en el asunto S/0160/09—Venta de Aceite de Grandes Superficies. El propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de marzo de 2002 (n.º recurso 8088/1997) confirma esta cuestión, al señala que:

Las exigencias de seguridad jurídica en la interpretación de normas cuya vulneración lleva aparejada sanciones administrativas (principio de certeza en la configuración de los tipos) nos conduce a adoptar un criterio de apreciación más restrictivo del que pudiera deducirse, a primera vista, de la mera lectura del precepto: partimos, por tanto, de que la expresión «actos de competencia desleal» utilizada por el artículo 7 de la Ley 16/1989 no tiene una significación autónoma, sino que remite a las conductas empresariales específicamente catalogadas como desleales en las leyes correspondientes.

Desde un plano teórico, la literalidad del artículo 3 de la LDC no impide que cualquier tipo de acto desleal pueda ser considerado como una infracción de la LDC, incluyendo los actos reputados como desleales en aplicación de la cláusula general del artículo 4.1 de la LCD.²⁶

Sin embargo, la práctica decisonal del TDC y de la CNC sobre los artículos 7 de la antigua LDC y 3 de la LDC pone de relieve que determinadas conductas desleales disponen, con carácter general, de una mayor aptitud para configurar una infracción de este precepto por ser susceptibles de afectar más directamente a la estructura del mercado, siempre, lógicamente, que concurran los restantes requisitos. Así, la mayor parte de las infracciones de los artículos 3 de la LDC y 7 de la antigua LDC corresponden a actos desleales i) de denigración y engaño; y ii) de violación de normas.

3.2. Afectación al interés público por falseamiento de la libre competencia

El artículo 3 de la LDC no prohíbe cualquier acto desleal, sino solo aquellos que «por falsear la libre competencia afecten al interés público». Se establece así un umbral de intervención de la autoridad de competencia frente a los actos desleales de manera que solo, y en la medida en que la conducta en cuestión falsee la competencia, y como consecuencia de ese falseamiento, se afecte al interés público, estaría justificada la aplicación de la LDC.²⁷

Ello se debe a que aun cuando la LCD —según reza su Exposición de motivos— deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, lo cierto es que la LCD tiene por objeto «la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado» (artículo 1 de la LCD). La inclusión del término *todos* es reveladora y, tal y como se indica en la Exposición de motivos, pretende un triple objetivo: la protección de «el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el

26. Ver en este sentido la Resolución del TDC de 8 de julio de 1992 en el asunto 294/91 calificándose las conductas como desleales cuando aún no estaba vigente la LCD con arreglo al artículo 87 de la Ley 52/1988 de Marcas, que tipificaba como desleal todo acto contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, considerando igualmente la aplicación del artículo 7.2 del CC. Y así lo reconoce, por otra parte, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de marzo de 2002, *ibid.*.

27. Si el falseamiento no resulta suficiente, por ejemplo, porque solo se ven afectados los intereses privados de las partes, estas siempre podrán demandar al autor del acto desleal ante los tribunales. La Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2009 en el asunto 2659/05—*Rotores* señaló así que «las partes vinculantes por dicho contrato de distribución no exclusiva tienen abierta la posibilidad de acudir ante el orden jurisdiccional civil y dirimir allí sus controversias.» La Resolución de la CNC de 10 de febrero de 2012 en el asunto S/0364/11—*Wirquin Calaf-FSC* descarta que la conducta analizada supere este umbral de afectación al interés público por falseamiento de la libre competencia dado que «limitaría su afectación a la esfera de los intereses privados de las partes, sin que en la misma se aprecien indicios que pueda afectar a la competencia (...) no aprecia en los hechos denunciados la afectación al interés público necesaria para la aplicación del artículo 3 de la LDC.»

propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado.»²⁸

A diferencia de la LCD, la LDC sirve al interés público. Y ese interés público no es otro que la defensa de la competencia. Así se contempla en su Exposición de motivos, que señala que: «la presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas y económicas, de orden público o privado».

Por otro lado, la existencia de una competencia efectiva constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes, redundando lógicamente en beneficios para el consumidor. El interés colectivo de los consumidores es, por tanto, igualmente digno de tutela en la LDC en la medida en que la eficiencia productiva «se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad».

No se menciona, sin embargo, el interés privado de los empresarios en la Exposición de motivos de la LDC, teniendo estos acogida de forma secundaria en este texto legal en tanto en cuanto coincidan con el objetivo de la misma²⁹ o se vean directamente afectados por actuaciones que a la vez lesionan el interés general.³⁰

28. Añadiendo:

Por lo que se refiere al principio de los planos mencionados, la Ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. (...) Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no solo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo. Esta ampliación y reordenación de los intereses protegidos está presente a lo largo de todos los preceptos de la Ley. Particularmente ilustrativo resulta el artículo 19, que atribuye legitimación activa para el ejercicio de las acciones derivadas de la competencia desleal a los consumidores (individual y colectivamente considerados). (...) De acuerdo con la finalidad de la Ley, que en definitiva se cifra en el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos, la redacción de los preceptos anteriormente citados ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales. En este sentido, se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas, que en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad.

29. Resolución del TDC de 8 de septiembre de 2006 en el asunto R 693/06—Correduría de Seguros.

30. Ver en este sentido ALONSO SOTO, R. «El interés público en la defensa de la competencia», en MARTÍNEZ LAGE y PETITIBO. 2005. *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*. Fundación Rafael del Pino, Ed. Marcial Pons, Madrid, págs. 31-46, cuando afirma que los intereses particulares:

son también dignos de tutela y han de ser considerados de modo especial a la hora de establecer un marco regulador de la competencia en el mercado. Es más, podría decirse que existe un interés público en que dichos intereses sean protegidos incluso en el ámbito del Derecho de la competencia. En efecto, la protección de los intereses de los particulares en este ámbito se articula a través de dos diferentes vías: de un lado, mediante unas normas que establecen la nulidad de los acuerdos o decisiones anticompetitivas y la

En definitiva, y dicho sea de forma genérica, la LCD serviría, eso sí, desde la perspectiva unitaria del fenómeno concurrencial, a tres intereses heterogéneos i) el interés privado de los empresarios, ii) el interés colectivo de los consumidores, y iii) el interés público de la defensa de la competencia.

Los intereses privados solo tienen sin embargo acogida en la LDC de forma indirecta o secundaria. No todos los actos desleales son por tanto perseguibles por la LDC, sino solo aquellos que tenga transcendencia significativa en el correcto funcionamiento de los mecanismos del mercado en régimen de libre competencia, quedando los conflictos derivados de actos desleales puramente privados protegidos por la LCD.³¹

Así lo reconoce la CNC, que en varias de sus resoluciones, señala:

El legislador afirma en el apartado I de la Exposición de Motivos de la vigente LDC, que esta Ley tiene por objeto «proteger la competencia efectiva de mercados», por tanto, esta lucha competitiva permite «garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado», en beneficio del «bienestar del conjunto de la sociedad». Por ello, cabe entender que solo caen bajo el ámbito de alguna de las tres cláusulas generales de prohibición que establece la LDC las conductas que son aptas para causar daño (relevante ex artículo 5 de la LDC) a ese bien jurídico tutelado, pues como ya afirmó el legislador de la vieja Ley 110/1963, en esas tres prohibiciones de la LDC «late la idea común a todos los aspectos de la técnica del orden público: la definición en razón a la finalidad prohibida, dicho en otros términos, prohibición de un resultado económicamente dañoso para la Comunidad, y protección al interés de los consumidores, ratio última de la Ley».³²

A continuación, se hace referencia con mayor detalle a ambos elementos: el falseamiento de la libre competencia y la afectación del interés público.

3.2.1. Falseamiento de la libre competencia

Como se ha indicado, la declaración de infracción ex artículo 3 de la LDC se vincula a que el acto desleal falsee la competencia y, en consecuencia, afecte al interés

obligación de resarcir los perjuicios causados a los afectados, pretensiones que, sin embargo, habrán de hacerse valer ante la jurisdicción civil ordinaria, y, de otro, mediante las normas que, en el marco de los procedimientos administrativos de aplicación de la legislación de defensa de la competencia, establecen la personación y la audiencia de terceros interesados (...).

31. Ver por ejemplo en este sentido la Resolución CNC de 3 de abril de 2008 en el asunto S/0049/08–Lidl Supermercados, donde se archivó por la CNC una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC por venta a pérdida dado que «La exigencia de que se produzca un falseamiento sensible de la libre competencia se funda en que el artículo 3 de la LDC no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad, ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados, pues esta es la finalidad de la Ley de Competencia Desleal». En el mismo sentido, ver la reciente Resolución de la CNC de 20 de febrero de 2012 en el asunto S/0310/10–Balearia.

32. Resolución de 11 de marzo de 2008 en el asunto S/0041/08–Tu billete.

público, que no es otro que el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.³³

El juicio de afectación al interés público se realiza mediante una cualificación de los efectos del acto desleal, reputándose como tales los que tengan entidad suficiente para causar una grave perturbación del mercado. Si bien se ha eliminado de la redacción del artículo 3 de la LDC que la conducta desleal haya de ocasionar una «distorsión grave» tal y como se especificaba en el artículo 7 de la antigua LDC tras la modificación operada por la Ley 52/1999, esta supresión no tenía por objeto una modificación de los elementos del tipo. Como explica la Exposición de motivos de la LDC, se perseguía únicamente clarificar su redacción.

En efecto, el artículo 3 de la LDC introduce, por un lado, a los órganos de las Comunidades Autónomas como órganos competentes para conocer de las conductas susceptibles de vulnerar este precepto y, por otro lado, señala que estos órganos o la CNC conocerán «de los actos de competencia desleal que por falsear la competencia afecten al interés público». Es decir, solo los actos de competencia desleal que afecten al interés público, por falsear la competencia están tipificados. Y estos son, lógicamente, aquellos que producen un falseamiento significativo o grave.

La clarificación en la redacción se produce por exigir el artículo 7 de la antigua LDC (tras la modificación de la Ley 52/1999, que se efectuó también para aclarar la anterior redacción, aunque con poco éxito) la concurrencia de circunstancias redundantes, como eran: que el acto de competencia desleal distorsionara gravemente las condiciones de competencia en el mercado y a la vez, que esa grave distorsión afectara al interés público. De la lectura del precepto se infería, por tanto, que no toda afectación grave de la competencia conllevaba directamente una afectación al interés público.

En la actual redacción se aclara esta cuestión, al incluirse en el tipo solo aquellos actos de competencia desleal que por falsear la competencia *afecten*³⁴ al interés público, es decir, solo los que supongan un falseamiento significativo, pues

33. Así lo interpreta la propia CNC:

El artículo 3 de la LDC faculta a la CNC para perseguir y sancionar las conductas de competencia desleal que, por ser aptas para falsear de forma significativa (artículo 5 de la LDC) la libre competencia, afecten al interés público tutelado por la Ley, esto es, a la competencia efectiva en tanto que institución que garantiza el buen funcionamiento de los procesos del mercado (Exposición de Motivos de la LDC). Resolución del Consejo de la CNC de 30 de junio de 2010 en el asunto S/0140/09-Vodafone.

34. Contrario a esta tesis se muestra MONTAÑA, M. en sus *Comentarios al artículo 3 LDC* en ODRIOZOLA, M. 2008. *Derecho Español de la Competencia*. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002. Bosch, Barcelona, al indicar que:

no parece que puedan existir actos de competencia desleal que falseen la libre competencia y que no afecten al interés público, pues la ordenación y el control de las conductas en el mercado son insitas al interés público. Tal como se destacó en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1991, «la institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de la protección». Así las cosas, la hipótesis que parece asumir la redacción del artículo 3 (que puedan existir actos de competencia desleal que falseen la libre competencia pero no afecten al interés público) al utilizar el término «afecten» en lugar de «afectan», como se hacía en la redacción original del artículo 7, se nos antoja como una hipótesis imposible (...).

de otro modo, el interés público no se verá afectado. Ello está, por otro lado, en línea con lo previsto en el artículo 5 de la LDC, precepto que fue igualmente introducido tras la reforma de la Ley 16/1989 y que excluye de las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la LDC «aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia».³⁵

La vinculación a la afectación al interés público impone también que solo puedan perseguirse los actos de competencia desleal que falseen *gravemente* la libre competencia. En definitiva, la configuración del precepto supone a nuestro entender, que no todo acto desleal merezca un reproche desde la normativa de competencia; es más, solo aquellos actos desleales que falseen sensiblemente la competencia y por tanto, afecten al interés público podrán motivar la actuación de la autoridad de competencia, quedando la persecución de aquellas actuaciones desleales que solo trasciendan la esfera privada, reservada a los órganos jurisdiccionales. Y así lo ha venido entendiendo la CNC desde las primeras resoluciones en aplicación del artículo 3 de la LDC.³⁶

Cuestión distinta es en qué circunstancias ha entendido la autoridad de competencia la existencia de un falseamiento de competencia suficientemente significativo. A continuación se enumeran algunos de los parámetros que se han venido empleando por el TDC y la CNC a la hora de evaluar si el acto desleal falsea la libre competencia, atendiendo a criterios cuantitativos y cualitativos.

Estos parámetros son i) la entidad de la empresa que realiza el acto desleal; ii) el grado de competencia en el mercado en cuestión; y iii) la duración de la conducta; o iv) las propias características del acto desleal.

3.2.1.1. Entidad de empresa que realiza el acto desleal

El poder de mercado constituye, lógicamente, un parámetro relevante en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia. Por ello, cuanto mayor sea el poder de mercado del operador que comete el acto desleal³⁷ será más probable que el falseamiento resulte significativo. Y al contrario, si el operador tiene escasa presencia en el mercado, sus eventuales actos desleales tendrán una menor capacidad para influir en la estructura del mercado.³⁸

35. Estos criterios se concretan en los artículos 1 a 3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

36. Ver, por ejemplo, la Resolución de 11 de marzo de 2008 en el asunto S/0041/08–Tu billete, Resolución de 3 de abril de 2008 en el asunto S/0049/08–LIDL Supermercados y la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2009 en el asunto S/0151/09–La Sexta.

37. Resoluciones de la CNC de 29 de julio de 2011 en el asunto S/0184/09–Gas Natural y de 15 de diciembre de 2011 en el asunto S/0350/11–Asistencia en carretera.

38. La Resolución de la CNC de 11 de marzo de 2008 en el asunto S/0041/08–Tu Billete, consideró que la conducta realizada por un operador de escasa importancia en el mercado relevante no superaba el umbral de falseamiento necesario. En ese caso, se trataba de un operador local en un mercado de ámbito nacional que presentaba un enorme crecimiento en los últimos años. Ver igualmente en este sentido la Resolución de 9 de febrero de 2009 en el asunto S/0101/08–World Premium Rates/Opera.

Así, tras un análisis del mercado relevante —ciertamente en muchos de los precedentes de manera somera— una cuota de mercado de aproximadamente el 2%³⁹ o del 4%⁴⁰ se ha considerado demasiado reducida como para poder falsear la competencia en el sentido requerido por el artículo 3 de la LDC. Cuotas algo más elevadas del 18% también han servido para excluir el falseamiento.⁴¹ Por el contrario, una cuota del 70% en el mercado relevante ha contribuido a considerar la existencia de falseamiento de competencia por tener el acto desleal un mayor impacto.⁴²

3.2.1.2. Grado de competencia en el mercado en cuestión

El falseamiento de la competencia es más probable cuanto mayor sea el grado de concentración del mercado y menor cuanto más atomizado se encuentre. Por tanto, si en el mercado hay viva competencia, cabe la posibilidad de que se excluya el falseamiento.⁴³ A estos efectos, el hecho de que el mercado esté en expansión y se incorporen nuevos entrantes, constituye un indicio de un elevado grado de competencia.⁴⁴

3.2.1.3. Duración de la conducta

La probabilidad de falseamiento de la competencia será menor si el impacto de la conducta en cuestión es reducido en el tiempo⁴⁵ o si la conducta es esporádica.⁴⁶

3.2.1.4. Naturaleza y características del acto desleal

En lo referente a las características del acto desleal, la autoridad de competencia ha tenido en consideración fundamentalmente elementos objetivos para determinar la aptitud de la conducta para falsear la competencia.

39. Resolución del TDC de 7 de junio de 1999 en el asunto 357/99–Makro.

40. Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2009 en el asunto 2659/05–Rotores.

41. Resolución del TDC de 21 de febrero de 2006 en el asunto R 675/05–BAS/Mapfre, donde también se hizo referencia a otros elementos tales como el elevado número de empresas presentes en el mercado y la ausencia de barreras de entrada.

42. Resolución de la CNC de 29 de julio de 2011 en el asunto S/0184/09–Gas Natural.

43. Ver la Resolución del TDC de 21 de febrero de 2006 en el asunto R 675/05–BAS/Mapfre y la Resolución de la CNC de 1 de octubre de 2012 en el asunto S/0399/12–Grupo Gallardo.

44. Resolución de 11 de marzo de 2008 en el asunto S/0041/08–Tu Billeto, donde se menciona que «el mercado de los servicios on-line prestados por las agencias de viajes ha crecido enormemente y donde operan una pluralidad de agencias y cuyo mercado geográfico es de ámbito nacional, de forma que en ningún caso podría concluirse que hay una afectación sensible de la competencia ni, por tanto, del interés público». En este mismo sentido, la Resolución de la CNC de 3 de abril de 2008 en el asunto S/0049/08–Lidl Supermercados o la Resolución de la CNC de 30 de junio de 2010 en el asunto S/0140/09–Vodafone, donde señala que el mercado relevante se caracterizaba por su crecimiento y la presencia de un significativo número de operadores que habían accedido en los últimos años justificando entre otras cuestiones, la inexistencia de infracción del artículo 3 de la LDC.

45. La Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2009 en el asunto S/0151/09–La Sexta analizó unas referencias que se realizaban desde La Sexta a Telecinco en el programa *Sé lo que hicisteis*. Al tener una duración muy limitada en el tiempo, a saber, 15 minutos al día en relación con las 24 horas de programación de La Sexta, no se consideraron susceptibles de falsear la competencia.

46. Resolución de 2 de enero de 2008 en el asunto R710/06 Castellana Subastas Holding. Ver igualmente la Resolución de 28 de noviembre de 2011 en el asunto S/0370/11 Apple.

No obstante, en algunas resoluciones se aprecia una cierta atención a elementos subjetivos, tales como la intención de eliminar a un competidor del mercado⁴⁷ o la manifestación de la intención de crear un monopolio en beneficio propio.⁴⁸ Se ha tenido especialmente en cuenta esta intención cuando se trata de eliminar a competidores que introducen elementos que favorecen la concurrencia entre distintos operadores económicos.⁴⁹

En cuanto a los elementos objetivos, la autoridad de competencia ha venido empleando criterios tanto cuantitativos como cualitativos.

Entre los primeros, se ha considerado acreditado por ejemplo, un falseamiento relevante porque los productos objeto de la conducta desleal constituían el 14% del total del mercado en el periodo en que la empresa en cuestión cometió la infracción.⁵⁰ En cambio, en alguna otra resolución se ha entendido que el falseamiento no era significativo por suponer los productos afectados por la conducta desleal tan solo un 10%⁵¹ o un 11%⁵² del mercado relevante.

Dentro de esta categoría de criterios cuantitativos puede igualmente encuadrarse el examen de los medios empleados para llevar a cabo el acto desleal, que puede redundar en un mayor o menor impacto de la medida. El falseamiento de la competencia tendrá mayor entidad cuanto más amplia sea la difusión del acto desleal.⁵³

47. En la Resolución del TDC de 9 de marzo de 2001 en el asunto 485/00—Agentes Propiedad Murcia se destacó la intención de expulsar del mercado a otros agentes para hacerse con sus actividades, en clara afectación del interés público. Ver igualmente, la Resolución de 10 de noviembre de 2009 en el asunto S/0160/09 Venta de Aceite de Grandes Superficies.

48. Resolución del TDC de 7 de abril de 2003 en el asunto 535/02—Eléctrica Eriste.

49. Resolución del TDC de 28 de julio de 1998 en el asunto 405/97—Expertos Inmobiliarios 2.

50. Resolución del TDC de 26 de febrero de 2004 en el asunto 560/03—Grupo Freixenet. Las 19.932.669 botellas de vino espumoso puestas a la venta por Freixenet como cava sin cumplir los requisitos de fermentación establecidos por la normativa para ser considerado como tal suponían el 14% del total de botellas de cava vendidas en el periodo en que la empresa cometió la infracción (años 1995 y 1996), una cuota que fue considerada suficiente para falsear la competencia.

51. Resolución de la CNC de 2 de enero de 2008 en el asunto R 710/06—Castellana Subastas Holding. Esta resolución examina una práctica llevada a cabo en el mercado de subastas denominada precio de reserva, señalando que «El criterio de afectación significativa no se cumpliría en tanto en cuanto los lotes afectados por precio de reserva son muy pocos, menos del 10%, y si la alteración no resulta sensible, difícilmente puede haber afectación del interés público». La Sentencia de la AN de 9 de diciembre de 2009 confirmó esta resolución, sosteniendo que la afectación al interés general del artículo 7 de la antigua LDC requiere una «deslealtad cualificada» es decir, una afectación significativa de las condiciones de competencia del mercado que pueda afectar al interés público, lo que no ocurría en este caso dada la limitada parte de los lotes de ventas que se veía afectada por la práctica desleal de engaño.

52. Resolución de la CNC de 28 de enero de 2009 en el asunto 2659/05—Rotores.

53. Resolución de la CNC de 7 de junio de 2012 en el asunto SA/MAD/08/11—Midelton & Collins donde se denuncia la publicidad semanal desde octubre de 2007 de una empresa de venta de alfombras por cierre con descuentos de hasta el 83%. La CNC considera que no cabe deducir que los hechos denunciados, supuestamente llevados a cabo por un único comercio que opera en un mercado minorista pueda tener capacidad para alterar las condiciones de competencia y afectar al interés público. Ver igualmente la Resolución de la CNC de 29 de julio de 2011 en el asunto S/0184/09, donde Gas Natural destaca que la carta enviada con contenido desleal se remitió masivamente a más de 5 millones de clientes. La Resolución del TDC de 30 de abril de 2002 en el asunto 519/01—Asociación ETI/Colegios APIS analiza un anuncio publicado por el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid en el periódico *ABC*. Dado que el TDC lo consideró de gran tirada (383.000 ejemplares) el acto se calificó a continuación idóneo para distorsionar gravemente la competencia. No obstante, esta resolución fue anulada parcialmente por la sentencia del TS de 1 de julio de

Desde una perspectiva cualitativa, la CNC ha señalado la existencia de falseamiento de la competencia si existe una amenaza para el mismo funcionamiento del mercado conforme a criterios competitivos. Este es, por ejemplo, el caso, si como consecuencia de la conducta desleal, se pudiera expulsar del mercado a algún competidor, reduciendo en ese caso, el rango de posibilidades de elección.⁵⁴ No habrá, sin embargo, falseamiento cuando no quepa atribuir a la conducta cambios en los parámetros comerciales (calidad, cantidad o precio) de los productos afectados.⁵⁵

3.2.2. *Afectación al interés público*

El concepto de afectación al interés público está estrechamente relacionado con el falseamiento de la competencia y es consecuencia del mismo. Como se ha expuesto anteriormente, existe afectación al interés público porque se produce

2008 (n.º recurso 6663/2005) por ausencia de culpabilidad. Por otra parte, en la Resolución de la CNC de 24 de mayo de 2011 en el asunto A/284/10–Distribución BIAR se valora como el envío cartas dirigidas a 6 consumidores, no puede afectar al interés público, con independencia de que pueda probarse la existencia de un acto de competencia desleal. En la Resolución de 3 de abril de 2008 en el asunto S/0049/08–Lidl Supermercados se valoró el hecho de que las conductas analizadas se hubiesen llevado a cabo en 69 supermercados de Lidl, mientras que en todo el territorio nacional existen 19.004, no considerándose por tanto acreditada la existencia de falseamiento. En este mismo sentido, ver la Resolución de 18 de diciembre de 1992 en el asunto 314/92, donde se valoró la difusión de un anuncio con contenido desleal en seis ocasiones en una radio de ámbito local que era precisamente el ámbito geográfico donde se desarrollaba la actividad de las empresas. Resulta interesante la Resolución del TDC de 9 de febrero de 1998 en el asunto 368/95–Veterinarios Ambulantes, que declaró la comisión de una infracción del art.º 7 de la antigua LDC porque se dio publicidad durante 3 días en una pastelería sita en Pozuelo de Alarcón a un escrito con contenido denigratorio sobre una empresa de asistencia veterinaria, al considerarse que la conducta había perturbado sensiblemente el mercado. Sin embargo, la sentencia de la AN de 29 de enero de 2003 (n.º recurso 761/1998) anuló esta resolución por entender que la conducta descrita no era susceptible de causar una alteración sensible de la libertad de mercado, por la escasa ascendencia sobre la población del punto elegido para la emisión del mensaje denigratorio y la ambigüedad del mismo.

54. La Resolución del TDC de 7 de abril de 2003 en el asunto 535/02–Eléctrica Eriste sancionó al Ayuntamiento de Benasque por una infracción de la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, que le otorgó una ventaja competitiva obtenida deslealmente. El TDC entendió que: «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 de la LDC.»
55. La Resolución de 10 de noviembre de 2009 en el asunto S/0160/09–Venta de Aceite de Grandes Superficies, en la que se denuncia una conducta de venta a pérdida en el mercado de aceite de oliva en los establecimientos de varias grandes superficies, el Consejo indica que la reducción de precios tendría un efecto positivo, por cuanto «tendría por objetivo a traer a la clientela de la zona, en la que habrá más de una gran superficie y, por tanto, estaría incentivando la competencia intra-marca, sin que la competencia inter-marca se vea afectada». La Resolución del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2012 S/0377/11–Amazon consideró que la venta por parte de Amazon de películas en formato DVD y Blue-Ray sin clasificarlas por edades no producía cambios sustanciales en los parámetros comerciales de los productos afectados. En el mismo sentido, ver la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2008 en el asunto Ballines Correduría de Seguros (n.º recurso 488/2006) que señaló: «Tanto de la lectura de los escritos de la actora, como de las actuaciones no resulta esa dimensión pública relevante, porque a juicio de esta Sala no la aportan ni la presidencia de una central de compras, ni la realización de un acto en el Salón de Plenos de un Ayuntamiento. Tampoco se aprecia con base en el número de empresas afectadas, en el volumen de su negocio, o la trascendencia de sus actividades.»

una conducta desleal que vulnera de manera sensible la competencia efectiva en el mercado.

Esto es, el requisito de afectación al interés público viene a nuestro entender a cumplirse en la medida en que exista un falseamiento sensible. La afectación al interés público se configura, por tanto, como un requisito independiente pero se entenderá verificado si el falseamiento de la competencia derivado del acto desleal es grave o significativo.

La práctica del extinto TDC es confusa en esta cuestión no distinguiéndose en ocasiones claramente entre uno y otro requisito. No contribuyó a una mayor claridad la modificación operada por la Ley 52/1999 en el artículo 7 de la antigua LDC. Cabe recordar que tras la Ley 52/1999, este precepto exigía la concurrencia de 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.» Es decir, parecía indicar que, además de producirse una grave distorsión de la competencia, habría de verificarse como elemento adicional la afectación al interés público, cuando de una distorsión significativa de la competencia se deriva ya necesariamente una afectación del interés público. Es por ello que, en especial, tras la modificación de la Ley 52/1999, la delimitación de los elementos del tipo resulta aún menos clara.⁵⁶

La redacción del artículo 3 de la LDC es similar al precepto original, siendo, por tanto, necesario analizar el falseamiento de la competencia y la concurrencia del requisito de afectación al interés público; pero sobre la base de que si la conducta desleal es apta para falsear de manera significativa la competencia efectiva, se producirá necesariamente la afectación al interés público.⁵⁷

56. Así se pronuncia igualmente MONTAÑA, M., con quien coincidimos, en sus *Comentarios al artículo 3 LDC* en ODRIOZOLA, M. 2008. *Derecho Español de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*. Bosch, Barcelona:

No parece congruente con el denominado modelo social de la competencia desleal instaurado por la Ley 3/1991 en el que la Ley 52/1999 exigiera la afectación del interés público como un requisito adicional a la deslealtad del acto y al falseamiento sensible de la competencia, lo cual llevó al TDC a una cierta confusión en algunas de sus Resoluciones (por ejemplo en la ya mencionada Res. TDC de 26 de febrero de 2004). En otras, como la Res. TDC de 4 de julio de 2003, el Tribunal pareció advertir la contradicción que estamos comentando al plantearse la cuestión en los siguientes términos: «Acreditado, por tanto que la conducta enjuiciada en este expediente constituye actos de competencia desleal, debemos entrar ahora a analizar si concurren los otros dos presupuestos que, conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal, son necesarios para aplicar el artículo 7 de la Ley 16/1989 y que son negados por la imputada, a saber: si pueden producir un falseamiento de manera sensible de la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional y si por su propia dimensión afectan al interés público económico». Tras constatar que con los actos denunciados «la alteración del funcionamiento competitivo del mercado llegará a ser significativa», el Tribunal concluyó que la práctica denunciada era contraria al artículo 7, sin realizar manifestación alguna sobre la concurrencia o no de «la afectación al interés público» como un supuesto requisito adicional.

57. Ver la Resolución de 30 de noviembre de 2007 en el asunto S/0013/07–La tienda en casa donde se indica que el artículo 3 de la LDC prohíbe aquellos actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afectan al interés público indicando a continuación que «La afectación del interés público supone que el falseamiento de la competencia tenga una repercusión sensible en el mercado afectado». Asimismo, en la Resolución de la CNC de 15 de diciembre de 2011 en el asunto S/0350/11–Asistencia en carretera, la CNC señaló que:

En cualquier caso, coincidiendo con la doctrina más autorizada⁵⁸ parece que el interés público a proteger debe ser el mantenimiento de una competencia efectiva.⁵⁹ Sin embargo, ciertas Resoluciones del TDC y de la CNC, así como algún pronunciamiento de la Audiencia Nacional, parece igualmente en ocasiones tomar en consideración otros intereses públicos distintos de la defensa de la competencia.

La AN en su Sentencia de 14 de mayo de 2002, consideró que una conducta denunciada como desleal y llevada a cabo en el mercado del transporte sanitario afectaba al interés público del artículo 7 de la antigua LDC porque aquella se refería al «desempeño de un servicio público asistencial de indudable trascendencia para la generalidad de sus potenciales usuarios en la Comunidad Autónoma de referencia, a efectos de fijar el mercado relevante del servicio de transporte sanitario.» No obstante, la conducta no reunía el requisito de deslealtad.

Igualmente, en alguna resolución previa, el TDC también apuntó que el interés público podría considerarse afectado por la trascendencia económica o social, especialmente grave, de la conducta y las características de los bienes y del mercado afectado (el sector de la vivienda).⁶⁰ En las más recientes resoluciones relativas

ante una denuncia de infracción del artículo 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 solo 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.

58. Ver en este sentido, MASSAGUER, J. «Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Civitas (2.ª ed.). Madrid, págs. 213 y ss., que señala que quedan fuera de la noción de interés público cuya afectación constituye un elemento del ilícito del artículo 3 de la LDC, los:

intereses públicos meraconcurrenciales, de modo que no existe la afectación del interés público requerido a estos efectos por el hecho de que la conducta enjuiciada tenga efectos negativos para otros intereses generales, sin perjuicio de que su consideración sea relevante en este contexto a fin de evaluar la intensidad con la que la práctica considerada amenaza el interés general justamente por causa del falseamiento producido.

59. Ver por ejemplo la Resolución de 15 de diciembre de 2011 en el asunto S/0350/11–Asistencia en Carretera «la aplicación de la ley de Competencia Desleal corresponde a los Tribunales de Justicia y la Autoridad de Competencia solo 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». Igualmente, la Resolución de 29 de mayo de 2009 en el asunto SA/CAN/0002/08–Electrodomésticos Canarias, donde el Consejo de la CNC valora la denuncia presentada contra un operador que ponía a la venta cámaras fotográficas y de video digitales sin mercado, CE lo que conllevaba el abaratamiento del producto en el destino final, resultando la denunciante perjudicada. El Consejo rechaza la aplicación del artículo 3 de la LDC por no apreciarse que el interés general se vea afectado, y sobre la cuestión de si el consumidor final resulta indirectamente afectado por adquirir productos que no cumplen con la normativa de etiquetado, el Consejo indica que si bien «ello puede afectar a la calidad del producto y seguridad de los consumidores» estos «ámbitos quedan fuera de la aplicación de la LDC». Ver también en este sentido la Resolución de 1 de octubre de 2012 en el asunto S/0399/12–Grupo Gallardo.

60. La Resolución del TDC de 9 de marzo de 2001 en el asunto 485/00–Agentes Propiedad Murcia destaca que la conducta afectó la vivienda, que es un bien económico de gran trascendencia social. En la Resolución del TDC de 12 de noviembre de 2002 en el asunto 531/02–Intermediación Inmobiliaria se reitera esta idea. No obstante, esta Resolución fue anulada parcialmente por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 (n.º recurso 2041/2006).

al sector eléctrico, se toman igualmente en consideración elementos distintos de la defensa de la competencia. Así, en el asunto Iberdrola Sur se considera que se afectó al interés público entre otras cuestiones, por «(...) el servicio afectado, un input básico para las empresas y un servicio de primera necesidad para los consumidores domésticos». A su vez, en el asunto Endesa se considera que el acto desleal afectó al interés público entre otros motivos, porque la conducta afectaba «a la comercialización de un bien esencial», además de «a los ingresos del sistema y, por ende, al déficit tarifario.»

En estos precedentes, se valoran por tanto en el análisis del contexto de la conducta en cuestión y de su impacto, intereses distintos de la defensa de la competencia, a saber: i) el interés público de la salud pública, que parecería implícitamente afectado en el precedente de la sentencia de la AN de 14 de mayo de 2002; ii) el interés público vinculado al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, que parecería afectado en las resoluciones *Agentes Propiedad Murcia* e *Intermediación Inmobiliaria*; o iii) el interés público a la comercialización de un bien esencial, como es la electricidad o al sostenimiento de los gastos públicos.

No obstante, estos intereses son complementarios al interés principal, salvaguardado mediante la aplicación del artículo 3 de la LDC, que es el mantenimiento de una competencia efectiva, quedando vinculados a este en el análisis del impacto de la conducta desleal analizada.

4. Balance de la práctica de la CNC en aplicación del artículo 3 LDC en relación con el artículo 7 de la antigua LDC

No son muchos los asuntos en los que el TDC y la CNC han declarado la existencia de una infracción del artículo 7 de la antigua LDC o del artículo 3 de la LDC. En realidad, se limitan a una veintena.

Este precepto ha sido, en la práctica totalidad de los casos, activado mediante denuncia de un operador frente a una determinada conducta de un competidor. La mayor parte de las denuncias han sido archivadas sin haberse incoado un procedimiento sancionador por no concurrir el requisito de afectación del interés público al no haber quedado acreditada la afectación sensible a la competencia derivada de la conducta desleal. Esta conclusión es común a la mayor parte de los casos planteados ante el TDC entonces y ante la CNC más recientemente.

En los pocos supuestos en los que la autoridad de defensa de la competencia ha declarado la existencia de una infracción del artículo 7 de la antigua LDC,⁶¹ no se

61. El artículo 62.3 de la LDC dispone que la violación del artículo 3 de la LDC constituye una infracción grave que puede ser objeto de una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

llegó a imponer sanción alguna en varios de ellos.⁶² En los asuntos en los que se impuso una sanción, los importes han sido dispares. En ocho precedentes, la cuantía de la multa se ha situado entre los 300 y los 90.000 euros. Estas multas se impusieron a cuatro colegios profesionales,⁶³ a varias pequeñas empresas,⁶⁴ al ayuntamiento de un pueblo⁶⁵ y a una filial de Endesa (Hidroeléctrica de l'Empordà).⁶⁶ Solo en dos resoluciones de aplicación del artículo 7 de la antigua LDC, se impusieron multas algo más elevadas, en el entorno de los 300.000 euros.⁶⁷ Finalmente, las multas más significativas impuestas a Correos⁶⁸ y a Telefónica en tres ocasiones (4,6 millones de euros; 57 millones de euros; y 8,4 millones de euros)⁶⁹ terminaron siendo anuladas por los tribunales.

No se aprecia una aplicación más efectiva de este precepto desde la entrada en vigor de la LDC. En la práctica totalidad de los expedientes analizados por la CNC por supuesta vulneración del artículo 3 de la LDC⁷⁰ y que, hasta la fecha, ascienden a 52,⁷¹ se declaró mayoritariamente la incapacidad del acto de competencia desleal para afectar al interés público resolviéndose la no incoación del

62. En la resolución del TDC de 28 de julio de 1998 en el asunto 405/97—Expertos Inmobiliarios 2, el TDC no impuso multas, si bien fue por entender que en el momento en que se produjeron los hechos no existía aún la jurisprudencia del TS referente a la no exclusividad de los API en la mediación inmobiliaria, por lo que pudo haber existido una apariencia de legalidad. En la Resolución del TDC de 26 de noviembre de 2002 en el asunto 529/01—Administradores de Fincas no se impuso sanción porque el SDC no había cuantificado adecuadamente ni el mercado afectado ni los efectos restrictivos. Igualmente, en la confusa Resolución del TDC de 26 de febrero de 2004 en el asunto 560/03—Grupo Freixenet no se impuso sanción alguna por no haber resultado acreditados los posibles efectos de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores o usuarios.
63. Resoluciones del TDC de 19 de noviembre de 1998 en el asunto 357/95—Expertos Inmobiliarios; de 9 de marzo de 2001 en el asunto 485/00—Agentes Propiedad Murcia; de 30 de abril de 2002 en el asunto 519/01—Asociación ETI/Colegios APIS; y de 12 de noviembre de 2002 en el asunto 531/02—Intermediación Inmobiliaria. No obstante, procede indicar que estas multas fueron anuladas por sentencias del Tribunal Supremo por no concurrir el requisito de culpabilidad.
64. Resoluciones del TDC de 18 de diciembre de 1992 en el asunto 314/92—Repsol Butano y de 4 de julio de 2003 en el asunto 548/02—Eurohogar Sarmiento. La Resolución del TDC de 9 de febrero de 1998 368/95—Veterinarios Ambulantes fue anulada por la sentencia de la AN de 29 de enero de 2003.
65. Resolución del TDC de 7 de abril de 2003 en el asunto 535/02—Eléctrica Eriste.
66. Resolución del TDC de 5 de mayo de 1999 en el asunto 431/98—Eléctrica Curós.
67. Resoluciones del TDC de 7 de enero de 1992 en el asunto 291/90—Arbora Corporación; de 8 de julio de 1992 en el asunto 294/91—Aceites.
68. Resolución de 7 de febrero de 2003 en el asunto 536/02—IFCC/Correos, anulada por la Sentencia del TS de 9 de diciembre de 2008.
69. Resolución del TDC de 26 de febrero de 1999 en el asunto 413/97—Airtel/Telefónica, anulada por la sentencia del TS de 30 de mayo de 2006. Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000 en el asunto 456/99—Retevisión/Telefónica, anulada por la sentencia del TS de 20 de junio de 200. Y Resolución del TDC de 1 de abril de 2004 en el asunto 557/03—Astel/Telefónica, anulada por la sentencia de la AN de 31 de enero de 2007.
70. En varios de estos expedientes no solo se analiza la posible vulneración del artículo 3 de la LDC, sino también, la de una o varias de las conductas tipificadas en la LDC.
71. Desde la entrada en vigor de la LDC se ha resuelto un asunto adicional mediante la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2009, en el asunto 2659/05—Rotores, pero al traer causa de un recurso presentado ante el TDC contra el acuerdo de archivo de la Directora General de Defensa de la Competencia, la CNC aplicó el artículo 7 de la antigua LDC por valorarse hechos que acaecieron antes de la entrada en vigor de la LDC.

expediente y el archivo de las actuaciones. Solo recientemente, en el último año, la CNC ha concluido en tres expedientes la existencia de sendas infracciones del artículo 3 de la LDC por parte de Gas Natural,⁷² Iberdrola⁷³ y Endesa,⁷⁴ imponiendo multas de elevada cuantía (2,6; 10,6; y 5,4 millones de euros, respectivamente), resultando estos los únicos precedentes en los que la CNC ha determinado la concurrencia de los requisitos del artículo 3 de la LDC desde su entrada en vigor. En el expediente relativo a Gas Natural, se consideró igualmente acreditada una vulneración del artículo 2 de la LDC, mientras que en los asuntos Iberdrola y Endesa, la sanción se impuso exclusivamente por infracción del artículo 3 de la LDC.

Llama la atención que la CNC haya centrado sus esfuerzos de control de cumplimiento de este precepto en el sector de la energía. Irónicamente, la sanción impuesta a Gas Natural trajo causa de una denuncia de Iberdrola y viceversa, el expediente de Iberdrola tuvo su origen en una denuncia de Gas Natural. Por su parte, el asunto Endesa se inició a consecuencia de un expediente de la CNE.

Estas tres resoluciones, cada una de ellas presentada por un ponente distinto, ofrece diferencias en relación con la metodología empleada en las resoluciones anteriores (e incluso las posteriores) adoptadas tras la entrada en vigor del artículo 3 de la LDC.

En contra de lo que el propio Consejo ha denominado «doctrina consolidada»,⁷⁵ se analiza primeramente en todas ellas si existe un acto desleal desde la perspectiva

72. Resolución del Consejo de la CNC de 29 de julio de 2011 en el asunto S/0184/09–Gas Natural. Esta resolución declaró que Gas Natural cometió una infracción del artículo 3 de la LDC al realizar, entre mayo y septiembre de 2009, una campaña de información a sus clientes minoristas de gas natural que habría sido desleal con sus competidores. En particular, Gas Natural remitió a más de 5 millones de clientes del segmento consumidores domésticos y pymes una carta en la que, según la resolución, se les alertaba de determinadas prácticas llevadas a cabo por agentes comerciales ajenos a la compañía.

73. Resolución del Consejo de la CNC de 24 de febrero de 2011 en el asunto S/0213/10–Iberdrola Sur. En esta resolución se consideró que habían quedado acreditados los siguientes hechos: i) la filial del grupo Iberdrola de comercialización de último recurso (IBERCUR) asumió el suministro de 470.791 consumidores en esta situación, que le fueron automáticamente transferidos desde la distribuidora de su grupo empresarial, de acuerdo con lo establecido en la normativa; ii) posteriormente, a través de un mecanismo de remisión de cartas, una parte de estos consumidores (en concreto, 268.001) fueron automáticamente traspasados de IBERCUR a la comercializadora libre del grupo Iberdrola, sin recabar el consentimiento expreso de los clientes. La resolución entendió que esta conducta constituía una infracción de la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009, que estableció la necesidad de recabar el consentimiento expreso del consumidor para el cambio de suministrador. La CNC, en línea con lo interpretado por la CNE, no acepta el argumento de Iberdrola, según el cual dicho consentimiento no se precisaba para los cambios entre suministradores de un mismo grupo empresarial.

74. Resolución de la CNC de 11 de junio de 2012 en el asunto S/0304/10–Endesa. Desde noviembre de 2009 a octubre de 2010, Endesa remitió cartas a unos 300.000 clientes a los que estaba suministrando transitoriamente la tarifa regulada con penalización, con el objeto de traspasarles al mercado libre de clientes sin derecho a tarifa de último recurso, sin recabar su consentimiento expreso. Esta actuación constituyó a juicio de la CNC una infracción de la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009 por no haber recabado el consentimiento de los clientes. No fue acogido el argumento de Endesa, según el cual no era necesario el consentimiento expreso de los clientes por no conllevar su conducta, en este caso, un cambio en la persona jurídica del suministrador, sino solo una modificación del contrato, aplicándose por ello el art. 110 ter del Real Decreto 1955/2000 que tan solo exige previa notificación al consumidor.

75. Ver en este sentido notas al pie 20, 22 y 23.

de la LCD, para a continuación valorar si el mismo tiene aptitud para falsear la competencia, determinando finalmente si lo hace de un modo tal que afecte al interés público. Es posible que esta sistemática responda al hecho de que el Consejo había llegado a la conclusión de que existía una vulneración del artículo 3, optando por presentar su razonamiento siguiendo un orden supuestamente más adecuado, justificando primero si existe una conducta desleal que vulnere la LCD. Pero lo cierto es que, como se ha expuesto anteriormente, el Consejo ha reprendido abiertamente a la Dirección de Investigación en algún precedente por no haber seguido la sistemática adecuada.⁷⁶

Asimismo, en particular en los asuntos Iberdrola y Endesa, se alude explícitamente a la necesidad de que concurren tres requisitos para la aplicación del artículo 3 de la LDC, examinándose, además, cada uno de ellos, de manera independiente. Como se ha expuesto anteriormente, esta no ha sido la sistemática habitual, ya que en la mayor parte de las resoluciones adoptadas tras la entrada en vigor de la LDC, si bien se hace referencia en todas ellas de una manera o de otra tanto al falseamiento de la competencia como a la afectación interés del público, no siempre estos elementos se identifican de manera independiente. El análisis de ambos requisitos resulta igualmente detallado en comparación con los asuntos precedentes, en particular el relativo al interés público cuya afectación suele acreditarse de manera somera al confirmarse la trascendencia del falseamiento de la competencia.

Si bien cada uno de los asuntos presenta sus propias particularidades, muy relevantes además en la valoración de las conductas, las tres resoluciones muestran elementos comunes en cuanto a la aptitud de las mismas para falsear la competencia. La CNC concluye en todos los casos que los actos enjuiciados generaron en mayor o menor medida barreras adicionales al cambio de suministrador, evitando o desincentivando que los clientes hicieran lo que el legislador pretendía: buscar en el mercado la oferta más conveniente para ellos de forma que se minorara la inercia del mercado y se favoreciera la competencia, dando a otros competidores la oportunidad de tener un acceso más fácil a esos clientes. La conducta afecta de esta manera a la competencia al reducirse el tamaño del mercado que otros comercializadores podían captar.

El grado de *falseamiento de la competencia* es analizado en los tres precedentes sobre la base de la estructura del mercado, la posición de las compañías en el mismo y las barreras de entrada, así como sobre otros factores.

En concreto, en el asunto Gas Natural, la resolución muestra especial interés en situar el centro de gravedad del ilícito (envío de una carta con contenido denigratorio) en la defensa del interés colectivo de los consumidores, sacándolo de la esfera de la protección del interés privado de los empresarios. Así, aclara que los verdaderos perjudicados por un acto de denigración son los consumidores y no tanto los competidores descalificados. Ello porque la denigración persigue elimi-

76. Ver nota al pie 23.

nar o distorsionar la libertad y racionalidad de sus decisiones de mercado, resultando, en último término, conductas aptas para distorsionar el normal juego de la competencia económica. El bien jurídico protegido a través de la tipificación de los actos de denigración no sería tanto la reputación o crédito del competidor en el mercado, como el propio proceso competitivo. En cuanto al grado de falseamiento, se tienen en cuenta además del contexto económico y jurídico, los medios empleados (envío masivo de cartas) y el que Gas Natural fuera un operador incumbente.

En el asunto Iberdrola, se concluye sobre la existencia de falseamiento de la competencia en la medida en que la actuación de Iberdrola i) tuvo lugar en un especial momento temporal en el que se habían establecido las circunstancias necesarias para intensificar la competencia; ii) se llevó a cabo de manera selectiva, escogiendo aquellos de sus clientes que, según la CNC, le eran más atractivos; iii) supuso una reducción del tamaño del mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores; y iv) reforzaba la barrera de entrada que supone la fidelización de los consumidores respecto de los distribuidores y, por tanto, de la que tienen respecto de la comercializadora del grupo.

En el asunto Endesa se consideró que se migró a los clientes de forma poco transparente, sin recabar su consentimiento y aplicándoles unas condiciones nada ventajosas. Con ello, evitó que salieran al mercado en aquel momento y se dificultó su captación por el resto de competidores. Las condiciones de competencia se vieron así sensiblemente alteradas por la generación de barreras adicionales al cambio de suministrador, no siendo preciso que se produjera un cierre total del mercado.

En cuanto a la afectación del *interés público*, plasmado en el funcionamiento competitivo del mercado, las tres resoluciones comparten varios elementos que fueron valorados por la CNC para determinar el impacto de las conductas analizadas en el interés general, apreciándose estas en relación con i) el contexto jurídico y económico en el que se produce la conducta imputada; ii) la liberalización del mercado minorista de suministro de gas o electricidad, según el caso; iii) el colectivo al que se dirigió (pequeñas y medianas empresas y consumidores), y iv) el hecho de que el servicio afectado sea un *input* básico o un servicio de primera necesidad. Además, en el asunto Endesa se añade como elemento adicional, para acreditar el impacto en el interés general, que la conducta afectó a los ingresos del sistema y, por ende, al déficit tarifario.

Por último, en cuanto a la conducta desleal, en el asunto *Gas Natural*, el precepto infringido es el artículo 9 de la LCD derivado de una campaña de información a sus clientes minoristas de Gas Natural que habría sido desleal con sus competidores. En particular, Gas Natural remitió a más de 5 millones de clientes una carta en la que, según la resolución, se les *alertaba* de determinadas prácticas llevadas a cabo por agentes comerciales ajenos a la compañía. Para llegar a esta conclusión la resolución analiza la carta en su conjunto y concluye que su propósito sería descalificar y denigrar a los competidores, en

general, apelando a los riesgos que puede comportar el cambio de suministrador del gas. La resolución entiende que esta conducta debe ser calificada como un acto de denigración ilícito en la medida en que la referida carta de Gas Natural contiene afirmaciones o juicios que, sin ser exactos ni verdaderos, observados en su conjunto, resultan aptos para desacreditar, menospreciar o denigrar la actividad desarrollada por otros comercializadores de gas.

En los asuntos Iberdrola y Endesa, el precepto de la LCD infringido es idéntico. Así, la CNC considera que tanto Iberdrola como Endesa infringieron la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009, que tiene por objeto regular la actividad concurrencial, resultando su conducta desleal según lo previsto en el artículo 15.2 de la LCD. El razonamiento seguido por la CNC para acreditar que la norma supuestamente infringida tiene por objeto regular la actividad concurrencial en el asunto Iberdrola resulta sin embargo parco y especialmente confuso. Así, en un único párrafo, la CNC considera que la norma analizada i) otorga un derecho a los consumidores, el de manifestar expresamente su conformidad al cambio de comercializador, y ii) establece una carga o deber a los comercializadores que protege el derecho otorgado para después añadir que:

En la medida en que este otorgamiento de derechos y deberes responde a la protección de aquellos que están en posición más débil (los consumidores) la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009 está regulando como se llevan a cabo las conductas concurrenciales de los agentes que operan en el mercado libre minorista de suministro de electricidad.

Parecería, por tanto, que cualquier norma que otorgara derechos a los consumidores, regula entonces como se llevan a cabo conductas concurrenciales, cuya infracción sería desleal.⁷⁷

Igualmente parca, aunque algo más centrada en intentar extraer el concepto de regulación de la actividad concurrencial, resulta la justificación en el asunto Endesa, que afirma que el precepto infringido busca ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de los operadores, y que tratándose de una normativa que pretende avanzar en la liberalización y trazar el marco en el que debe desenvolverse el comportamiento de los agentes en el mismo, favorece la concurrencia.

Las tres resoluciones han sido recurridas ante los tribunales. A la vista del éxito de recursos previos planteados frente a resoluciones del TDC en aplicación del artículo 7 de la antigua LDC y examinadas las dificultades para acre-

77. GARCÍA PÉREZ, R. 2012. «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (A propósito de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de febrero de 2012, Iberdrola Sur», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 11, Segundo semestre de 2012, Ed. La Ley.

ditar la concurrencia de los elementos que conforman el tipo, no es descartable que puedan ser revisadas.

5. Conclusiones

La reforma de la antigua LDC dio lugar a un intenso debate doctrinal sobre la conveniencia del mantenimiento en la nueva LDC del entonces artículo 7.

La mayor parte de las opiniones abogaban por la eliminación del precepto a la vista de su deficiente definición y escasa aplicación, estando además tutelados los intereses protegidos mediante otras normas u órganos. A su favor, se argumentaba fundamentalmente que, gracias a la abundante doctrina del TDC, se había mejorado en la delimitación del tipo y que el precepto podía ser eficaz para la represión de prácticas anticompetitivas que no tienen encaje en los artículos 1 y 2 de la LDC, pudiendo actuar la Administración en defensa del interés público sobre distintas actuaciones, tales como los actos de boicot, la explotación de la situación de dependencia económica o los precios predatorios. Su inaplicabilidad no parecía, al menos en aquel momento y al entender de los defensores del precepto, motivo suficiente para suprimir una disposición que opera de conexión funcional con la LCD.⁷⁸

Pues bien, transcurridos cinco años desde la adopción de la LDC, no parece apreciarse un cambio significativo en la aplicación del artículo 3 de la LDC en relación con su predecesor. Ciertamente, se aprecian algunas mejoras en cuanto a la delimitación de los elementos que configuran el tipo, pues la redacción del artículo 3 de la LDC ha supuesto una mejora sustancial en relación con el texto anterior, pero sigue sin existir una sistemática coherente en las resoluciones de la CNC. Así, en algunas ocasiones se refieren a la necesidad de acreditar dos elementos (ilícito desleal y afectación del interés público) para justificar la vulneración del precepto, mientras que en otras se alude a la necesidad de acreditar la concurrencia de un tercer requisito: el falseamiento sensible de la competencia. Asimismo, desde una perspectiva metodológica, la CNC analiza primeramente si de la supuesta conducta desleal analizada se deriva una afectación al interés público por existir un falseamiento sensible de la competencia, resultando superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica de la LCD si la afectación al interés público no ha podido acreditarse. Pero incluso esta cuestión, que parece pacífica, tiene sus excepciones, tanto en el análisis de la Dirección de Investigación como en el del propio Consejo de la CNC.

78. Ver en este sentido la nota al pie 7 y el resumen de los distintos argumentos en DÍEZ ESTELLA, F. 2005. «¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?», en *Diario La Ley*, Año XXVI, n.º 6373. Lunes, 5 de diciembre de 2005, págs. 1 y ss.

Por último, tampoco se aprecia una mayor aplicación del precepto en la medida en que desde la entrada en vigor de la LDC, solo en 3 ocasiones, todas ellas recientes, la CNC ha considerado acreditada la existencia de una infracción del artículo 3 LDC, habiéndose recurrido todas ante los tribunales.

En definitiva, parece que las críticas al precepto seguirían vigentes, mientras que al menos varios de los motivos esgrimidos a favor del mantenimiento del artículo 3 LDC no habrían tenido el desarrollo esperado. En concreto, el análisis de los precedentes muestra que el precepto no ha sido especialmente útil para perseguir prácticas restrictivas sin encaje en los artículos 1 y 2 de la LDC que hubieran podido desarrollarse —según se argumentaba— en mayor medida al hilo de la evolución de la estructura de determinadas industrias o sectores.

Ni siquiera parece que las tres resoluciones en las que la CNC ha considerado acreditada la existencia de una infracción puedan replicarse en otras actuaciones similares, por el particular contexto jurídico y económico en el que las conductas analizadas tuvieron lugar y la especial consideración por la CNC al contexto económico; en concreto, la fase de liberalización en la que se encontraban los mercados examinados y que contribuyó significativamente a la consideración por parte de la CNC de la existencia de una conducta prohibida.

Pero, probablemente, lo más relevante a efectos de valorar si el mantenimiento del artículo 3 de la LDC resultó adecuado son los recursos empleados por la CNC para atender y examinar actuaciones que poco han tenido que ver con el interés público protegido por la LDC. La prueba es que, salvo en un caso, la totalidad de las actuaciones de la CNC tuvieron su origen en la denuncia de un competidor, que perseguía un interés puramente privado y que con la excusa de la salvaguarda de una pretendida dimensión pública de la conducta enjuiciada utiliza la vía del artículo 3 de la LDC y del procedimiento administrativo —más accesible y económico que el judicial— para hacer valer sus pretensiones.

Es la LCD la norma que protege los intereses privados y es a través de la misma y de los mecanismos en ella previstos que deben tutelarse los intereses de los empresarios. Además, tal y como destaca la doctrina más autorizada, el derecho de la competencia desleal ha evolucionado desde un modelo corporativo hacia un modelo social, pasando de proteger simplemente los intereses de los empresarios competidores a proteger la institución de la competencia.⁷⁹ Por tanto, dado que la LCD tiene por objeto, como recoge su Exposición de motivos, «la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado» y ha supuesto «una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil», debe ser igualmente esta norma la que tutele los escasos supuestos en los que las conductas desleales tienen trascendencia en el orden público.

79. ALONSO SOTO, R. 1996. «Competencia Desleal y Defensa de la Competencia en España», en ICE, febrero de 1996, n.º 750, pág.10.

