

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Máster de Acceso a la Abogacía

Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado

Universidad de La Laguna

Curso 2022/2023

Convocatoria: Marzo

UN ESTUDIO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE EL FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES

*A DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL STUDY ABOUT
FREE COMPETITION'S DISTORTION THROUGH
UNFAIR PRACTICES*

Realizado por el alumno D. Carlos David Concepción Taboada

Tutorizado por la Profesora D^a. Irene Navarro Frías

Departamentos: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa / Escuela de Práctica
Jurídica de Tenerife

Áreas de conocimiento: Derecho Mercantil / Escuela de Práctica Jurídica de Tenerife

ABSTRACT

With the entry into force of the Constitution of 1978, the freedom of enterprise was recognized in the frame of a market economy through its article 38.

That recognition implied a special juridical protection for the effective competition between the market's economic agents, due to the fact that the competition is one of the elemental parts of a market economy.

Due to that statement the Law 16/1989, of Competition Defense of 17th July will get into force. That law was replaced by the Law 15/2007, of 3rd of July, of Competition Defense which established a group of prohibitions to protect the free competition, as the prohibition that appears in the article 3 of the mentioned law which will be study in this project from the doctrinal ambit to the jurisdictional one which the objective of knowing it's essential elements.

Key words: Competition's defense, distortion of the free competition, disloyal acts, disloyal competition.

RESUMEN

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, se reconoció la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado a través de su artículo 38.

Dicho reconocimiento implicaba una protección jurídica especial a la competencia efectiva entre los agentes económicos de los mercados, al ser la competencia uno de los elementos esenciales de una economía de mercado.

Por lo que debido a esa declaración entraría en vigor la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia de 17 de julio. Dicha ley fue sustituida por la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, donde se recoge una serie de prohibiciones para la protección de la libre competencia, como es la prohibición recogida en el artículo 3 de la actual Ley, que se estudiará en este trabajo, tanto desde el ámbito doctrinal como jurisprudencial con el objetivo de conocer sus elementos esenciales.

Palabras clave: Defensa de la competencia, falseamiento de la libre competencia, actos desleales, competencia desleal.

ÍNDICE

1.- Introducción. _____	Página 4.
2.- Normativa reguladora. _____	Página 7.
3.- Análisis jurisprudencial. _____	Página 16.
3.1.- Sentencia del Tribunal Supremo 3334/2018. _____	Página 16.
3.1.1.- Supuesto de hecho. _____	Página 17.
3.1.2.- Fundamentos de derecho. _____	Página 19.
3.2.- Sentencia del Tribunal Supremo 4681/2016. _____	Página 20.
3.2.1.- Supuesto de hecho. _____	Página 21.
3.2.2.- Fundamentos de derecho. _____	Página 23.
3.3.- Sentencia del Tribunal Supremo 3616/2010. _____	Página 24.
3.3.1.- Supuesto de hecho. _____	Página 24.
3.3.2.- Fundamentos de derecho. _____	Página 25.
3.4.- Sentencia del Tribunal Supremo 1863/2009. _____	Página 26.
3.4.1.- Supuesto de hecho. _____	Página 26.
3.4.2.- Fundamentos de derecho. _____	Página 27.
3.5.- Sentencia del Tribunal Supremo 162/2017. _____	Página 28.
3.5.1.- Supuesto de hecho. _____	Página 28.
3.5.2.- Fundamentos de derecho. _____	Página 29.
4.- Conclusiones. _____	Página 31.
5.- Bibliografía. _____	Página 34.

1.- INTRODUCCIÓN

En nuestro artículo 38 de la Constitución se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Además, continúa el mencionado precepto estableciendo que los poderes públicos garantizarán y protegerán su ejercicio además de defender la productividad, conforme a las exigencias de la economía general y de la planificación.

Este artículo es de suma importancia, ya que establece que la libertad de empresa se realizará en una economía de mercado siendo uno de los elementos esenciales de la misma la existencia de una competencia efectiva entre los agentes que en dicha economía se desarrollan.

Para lograr que dicha competencia se realizase de forma efectiva se promulgó la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia de 17 de julio, mediante la que se establecía un sistema basado en la existencia de dos órganos de carácter administrativo que realizaban sus funciones contra las prácticas contrarias a la competencia y el control de monopolios, en todo el ámbito nacional. Ley con la que, según PALOMAR OLMEDA, no se concebía la libre competencia en términos absolutos sino en términos “suficientes” para que pueda darse de manera eficaz, a través de la prohibición de determinadas conductas¹.

Más adelante dicha normativa sufrió modificaciones derivadas de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Además, posteriormente se instauraría un nuevo marco comunitario en materia de defensa de la competencia que se materializaría en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y en el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

¹ PALOMAR OLMEDA, A.: “La evolución normativa de la defensa de la competencia en España. La incidencia del Derecho Comunitario”. En AA.VV. (BELÉN CAMPUZANO, A., CALDERON., C., PALOMAR OLMEDA, .A, Direc.): *El Derecho de la Competencia*, 1ª ed, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, pág. 16.

En dicho marco se promulgó la actual y vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con el objetivo de reformar el sistema español de defensa de la competencia para mejorar los mecanismos preexistentes y poder dotar a dicho sistema de los instrumentos necesarios para una máxima protección de la competencia entre los actores del mercado.

En la anteriormente mencionada y vigente Ley de Defensa de la Competencia, se recogen una serie de prohibiciones tendentes a la no realización de los actos que puedan provocar un menoscabo en la eficacia que se persigue con la competencia entre actores del mercado.

La justificación de estas prohibiciones en lo que es un libre mercado es dada por PALOMAR OLMEDA, cuando declara que pese a que nuestro ordenamiento jurídico diferencie con claridad la lucha que realizan los agentes económicos por la competencia en el libre mercado y la supervisión que sustentan los Poderes Públicos sobre esa real y efectiva libre competencia, existen diversas “pasarelas” que permiten en este caso que los Poderes Públicos independientemente de su posición externa al mercado puedan tomar decisiones que produzcan efectos que recaen sobre el régimen de funcionamiento del propio mercado².

Dentro de las prohibiciones que se recogen en dicha Ley se encuentra la prohibición del falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Dicha prohibición recaerá, según GONZÁLEZ PONS en todos aquellos actos de competencia desleal que afecten a las condiciones estructurales del mercado³.

Además, MASSAGUER FUENTES sostiene que dicha prohibición recae sobre todas aquellas conductas de carácter desleal cuyo impacto sobre las propias condiciones de competencia en el

² PALOMAR OLMEDA, A.: “Las conductas contrarias a la defensa de la competencia y los procedimientos administrativos en la materia”. En AA.VV. (BELÉN CAMPUZANO, A., CALDERÓN., C., PALOMAR OLMEDA, A., Direc.): *El Derecho de la Competencia*, 1ª ed, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, págs. 85-86.

³ GONZÁLEZ PONS, E.: “Actos concretos de competencia desleal (III): Prácticas agresivas; discriminación y dependencia económica; la venta a pérdida (arts. 8, 16 y 17 LCD)”. En AA.VV. (ARMENGOT VILAPLANA, A., CORBERÁ MARTÍNEZ, J., M., GONZÁLEZ PONS, E., MARTORELL ZULUETA, P., NAVARRO PARRA, C., RAMÍREZ, PALAU, F., BENEYTO, K, Direc): *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal*, 1ª ed, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, págs. 168-196.

mercado es de una gran gravedad con respecto al control de los órganos de defensa de la competencia y al régimen sancionador que fuese correspondiente en su caso⁴.

En palabras de CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, la existencia de esta prohibición reside en la trascendencia que ostentan los efectos derivados de aquellos actos tendentes al falseamiento de la libre competencia. Además, señala que se trata de una prohibición que recoge un tipo peculiar de ilícito de competencia, desvinculado tanto de los acuerdos restrictivos como del abuso de posición dominante, y lo tipifica sobre la existencia de otro ilícito, que en este caso sería el desleal. Señala que es por esta razón más el hecho de que tradicionalmente haya mostrado una operatividad limitada al momento de poder sustentar una resolución administrativa que declare la existencia de una infracción con base en una conducta desleal, por lo que el precepto ha sido duramente criticado durante toda su existencia, llegando incluso a existir una vertiente doctrinal mayoritaria que aboga por eliminar dicha prohibición del resto del electo de prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia⁵.

Es el estudio de dicha prohibición del falseamiento de la libre competencia por actos desleales y de dichos actos, lo que será objeto del presente trabajo.

El análisis de este objeto se realizará principalmente en dos vertientes, la normativa y la jurisprudencial, analizando lo establecido en el cuerpo normativo y observando en qué casos un acto puede provocar un falseamiento de la libre competencia respectivamente.

Tras el estudio de dicho objeto se recogerán unas conclusiones en las que queden determinadas de la forma más precisa posible todos los supuestos en los que un acto pueda afectar tanto a la estructura misma del mercado como para que pueda alcanzar una magnitud tan significativa que pueda llegar a entenderse que ha falseado la libre competencia.

⁴ MASSAGUER FUENTES, J.: “Treinta años de Ley de Competencia Desleal”, Actualidad jurídica Uría Menéndez, Nº55, 2021, pág. 84.

⁵ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.: “Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC” Anuario de la competencia, Nº1, 2014, pág. 202.

2.- NORMATIVA REGULADORA

Tal y como se ha dicho al inicio de este trabajo, la prohibición del falseamiento de la libre competencia por actos desleales se encuentra regulada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, más específicamente en su artículo tercero en el que se establece 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”*.

Según PALOMAR OLMEDA, la referencia contenida en dicho artículo a *“actos de competencia desleal”* debe de entenderse realizada los actos desleales contenidos en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal⁶.

En lo que respecta a la definición de *“actos de competencia desleal”*, se puede encontrar recogida en la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 2 de octubre de 2014 en la que se establece que *“únicamente los actos desleales capaces de distorsionar el normal funcionamiento de la libre competencia con afectación al interés público suponen una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En consecuencia, únicamente en esa clase de conductas desleales tiene competencia la CNMC”*.

Atendiendo a lo dicho por ELISABET GONZÁLEZ, el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia es la clave para permitir el enjuiciamiento antitrust (dicho de una medida o regulación que es tendente al aseguramiento de la competencia de los mercados) de todos aquellos supuestos en los que se persiga la explotación de una situación de dependencia económica tras la eliminación de dicho tipo en la vigente Ley de Defensa de la Competencia, eso sí, siempre que se cumplan los

⁶ PALOMAR OLMEDA, A.: *“Las conductas...”*, *op. cit.*, pág. 86.

presupuestos de aplicación del precepto, que según esta autora se concretarían en: la existencia de un acto desleal; el falseamiento de la libre competencia; y la afectación del interés público⁷.

Además, dicha autora también hace énfasis en el hecho de que el artículo que es objeto de discusiones habiendo detractores y partidarios del mismo, pero que pese a ello la existencia de dicho precepto faculta a las autoridades de competencia a que conozcan de supuestos de explotación de una situación de dependencia económica por lo que se muestra partidaria al mismo.

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, establece que pese a la existencia de la controversia, existe unanimidad en cuanto a la consideración de que a pesar de su estructura, la tipificación de este ilícito antitrust recogido en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, no reside meramente en el carácter desleal de la conducta realizada por un determinado agente económico en el mercado, sino que descansa en los efectos que dichas conductas tendentes a realizar actos de competencia desleal pueden hacer soportar al mercado en cuyo marco se han realizado⁸.

Dicha autora destaca además, que el impacto que tienen dichos actos en el mercado es donde realmente reside la esencia de la prohibición del falseamiento de la libre competencia a través de los actos desleales, entendiéndose que el impacto es la aptitud de dichos actos de afectar al interés público a través del falseamiento de la libre competencia, y que por lo tanto definiría a dichos actos desleales como cualificados por los efectos tan graves que tienen sobre el interés público⁹.

Por lo tanto, según esta autora, sería condición para que nos encontrásemos ante un acto de carácter desleal tendente al falseamiento de la libre competencia, que se superase un determinado umbral de afectación al interés público. Dicho umbral sería establecido y analizado caso por caso.

⁷ GONZÁLEZ PONS, E.: “Actos concretos de competencia desleal (III): Prácticas agresivas; discriminación y dependencia económica; la venta a pérdida (arts. 8, 16 y 17 LCD)”. En AA.VV. (ARMENGOT VILAPLANA, A., CORBERÁ MARTÍNEZ, J., M., GONZÁLEZ PONS, E., MARTORELL ZULUETA, P., NAVARRO PARRA, C., RAMÍREZ, PALAU, F., BENEYTO, K, Direc): *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal*, 1ª ed, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, pág. 168.

⁸ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.: *op. cit.*, pág. 203.

⁹ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.: *op. cit.*, pág. 203.

Y es que en cuanto a los requisitos para que nos encontrásemos ante un hecho prohibido por el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, la opinión más razonable sería la realizada por CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE que declara que tanto la doctrina como los órganos encargados de la aplicación de dicho artículo, han establecido que se distinguirían tres: La realización de un acto que pueda enmarcarse dentro de la categorización de acto de competencia desleal; el falseamiento de la libre competencia a través de aquel acto; y por último la afectación al interés público¹⁰.

Pese a esto, la autora establece que al realizarse una correcta exégesis semántica y contextual del precepto, se simplificarían dichos requisitos dando como resultado que las condiciones exigidas por el precepto serían solamente dos: La existencia de un acto de competencia desleal; y que la realización de dicho acto de competencia desleal afectase al interés público, siendo dicho interés aquél protegido por la Ley de Defensa de la Competencia¹¹.

Me parece acertada dicha precisión debido a que se alinearía con lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto a que se exige la realización de un acto y la afectación del interés público, y salvaría la naturaleza del requisito del falseamiento de la competencia reduciéndolo a un simple medio o instrumento, a través del cual los agentes económicos realizarían el acto de carácter desleal con el que vulnerarían el interés público protegido por la Ley que sería la competencia, quedando así como un requisito dependiente del interés público.

Más específicamente esta autora declara que dicha simplificación no implica que el requisito del falseamiento de la competencia carezca de operatividad alguna, sino que lo que implica es que carece de independencia funcional respecto del requisito de la afectación al interés público, al ser el interés público objeto de protección por la Ley de Defensa de la Competencia el relativo a la

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Idem*, pág. 204.

instauración, el mantenimiento y, en su caso, la potenciación de la competencia efectiva y sin falseamiento alguno en el mercado por parte de los agentes económicos actuantes en el mismo.¹²

Por lo tanto, lo que esta autora estaría defendiendo con estas declaraciones es que la libre y eficaz competencia del mercado es el interés público último que protege la Ley de Defensa de la Competencia, y que por lo tanto cualquier acto de competencia desleal tendente a falsear la libre competencia atenta, por naturaleza propia, contra el interés público, por lo que para afectar al mismo, en el marco del artículo 3 de la mencionada Ley, se debería realizar en cualquier caso un acto de competencia desleal tendente al falseamiento de la libre competencia., dándose solamente el tipo en el caso de que dicho falseamiento resultase en una afectación al interés público.

Dicho falseamiento carecería de independencia funcional respecto a los requisitos debido a que solamente existiría dicho falseamiento si ha sido suficiente para menoscabar la estructura del mercado llegando a afectar al interés público. Esto se resumiría en que solamente se daría dicho falseamiento si tras un análisis a posteriori el acto de competencia tendente a falsear la libre competencia ha llegado a menoscabar el interés público.

Dicha afirmación quedaría respaldada por lo establecido en la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 15 de diciembre de 2011 (Expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera), en la que se establece que *“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”*¹³.

En cuanto al análisis de si dicha conducta que resulta enjuiciada es apta o no para restringir la competencia efectiva en el mercado dicha Resolución establece que *“En consecuencia, ante una denuncia de infracción del art. 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que*

¹² CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.: *op. cit.*, pág. 204.

¹³ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 15 de diciembre de 2011 (Expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera).

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”¹⁴.

Otros autores como PÉREZ BENÍTEZ y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA no comparten esta simplificación de los elementos del tipo sino que establecen que los elementos que constituyen el tipo recogido en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia son tres, las conductas desleales, el falseamiento de la competencia y la afectación del interés público¹⁵.

Según los mencionados autores, la conducta desleal sería el primer elemento del tipo, un elemento que además sirve de vínculo de unión entre los dos sectores de normas que protegen la competencia. Dicho elemento se trataría de una remisión “en bloque” a la definición que de los tipos se da en la Ley de Competencia Desleal, esto se debe a que en la Ley de Defensa de la Competencia no se añade o configura una infracción específica. Es por esto que dicha conducta abarcaría tanto los actos específicos que puedan presentar una trascendencia en el mercado como también abarcaría todos aquellos actos de carácter desleal que pudieran afectar a los consumidores¹⁶.

¹⁴ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 15 de diciembre de 2011 (Expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera).

¹⁵ PÉREZ BENÍTEZ, J.J., GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: “La competencia desleal (II) Acciones y procedimiento. Falseamiento de la competencia por actos desleales”. En AA.VV. (CURTO POLO, M., M., GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., MARTÍN ARESTI, P., ORDÓÑEZ SOLÍZ, D., PÉREZ BENÍTEZ, J., J., CARBAJO CASCÓN, F, Direc.): *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, págs. 448-450.

¹⁶ *Idem*, pág. 448.

En lo que respecta al elemento del tipo referido al falseamiento de la competencia, dichos autores establecen que ello implica que se exige como requisito que el acto desleal, desarrollado por uno de los agentes económicos dentro del mercado, debe producir o como mínimo debe ser susceptible de causar un falseamiento de la libre competencia¹⁷.

Nada se establece con respecto a dicho requisito sobre la definición de “falseamiento” ni sobre la gravedad o cualificación que deba de tener dicho falseamiento. Pese a esto, la doctrina considera que el falseamiento de la libre competencia debe alcanzar unos mínimos en cuanto a gravedad.

Lo defendido por la doctrina encuentra su fundamento en lo establecido en el artículo 5 de la ya mencionada Ley de Defensa de la Competencia que establece lo siguiente *“Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”*¹⁸.

Esto implicaría que el falseamiento debería de tener una gravedad lo suficientemente significativa para llegar a afectar el mercado en el que sea realizado el acto de carácter desleal. Es decir, si el falseamiento resultase ser una menor intensidad afectando solamente el ámbito de los intereses privados de los agentes que convergen en el mercado, no nos encontraríamos en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Estos autores establecen que este elemento que constituye el tipo del mencionado artículo, provoca problemas al momento de aplicar dicho tipo. Además, establecen que también dificulta bastante la diferenciación de dicho elemento con respecto al referido a la afectación del interés público¹⁹.

¹⁷ PÉREZ BENÍTEZ, J.J., GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: *op. cit.*, págs. 448-449.

¹⁸ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹⁹ PÉREZ BENÍTEZ, J.J., GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: *op. cit.*, pág. 449.

Añaden que en la práctica se suele exigir que dicho acto de carácter desleal tendente a falsear la libre competencia en el mercado, lleve consigo efectos que provoquen una perturbación, real o potencial, del normal juego de la competencia en el mercado, ya sea a través de la obstaculización del acceso, consolidación o mantenimiento de los competidores en el mercado, o a través de una alteración del normal comportamiento de la demanda en dicho mercado y que tenga como resultado la amenaza del acceso consolidación o mantenimiento de los demás competidores en el mercado de que se trate²⁰.

Establecen que el elemento más diferenciador entre una mera infracción en el marco de la competencia desleal y la cualificación que se exige por parte de la norma para encontrarnos ante un hecho que pueda subsumirse dentro del tipo establecido en la misma, sea la dimensión institucional que alcance el acto subsumible en el tipo, entendiéndose aquella dimensión institucional como la afectación que dicho acto tiene con respecto del interés público habiendo sobrepasado cualquier ámbito privado entre los agentes del mercado²¹.

Para comprobar si se ha producido realmente una verdadera afectación al interés público, es necesario determinar el mercado en el que el acto desleal se ha realizado y la posición relativa de los agentes implicados. Esto es debido a que dicho falseamiento será menos probable cuanto menor sea la influencia en el mercado de dichos agentes y al contrario, será más probable cuanto mayor influencia tengan sobre la propia estructura constitutiva del mercado²².

En suma, esto quiere decir que para saber si el acto de carácter desleal es o no cualificado para el falseamiento de la libre competencia en el mercado, hay que analizar si dicho acto puede conllevar la expulsión o represión de los demás competidores en el mercado en cuyo marco dicho acto se ha llevado a cabo, si dicho acto es apto o no para provocar el cierre del mercado a nuevos

²⁰ PÉREZ BENÍTEZ, J.J., GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: *op. cit.*, págs. 449

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

competidores o si por otro lado altera el propio funcionamiento concurrencial del mercado en cuyo seno se ha realizado dicho acto

Cabe destacar en este caso la resolución de 26 de febrero de 2004 TOL 400.613 del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia (actual Comisión Nacional de la Competencia). Dicho caso versaba sobre la venta de botellas de vino espumoso como si se tratase de cava, siendo que no habían cumplido el requisito de nueve meses de fermentación en botella, requisito que viene señalado por el reglamento denominación de origen. En dicho caso el mencionado tribunal entendió que existía un falseamiento de la libre competencia por actos desleales, estableciendo que *“Una vez establecido que la conducta probada de FREIXENET constituye competencia desleal que infringe el art. 15 LCD, corresponde ahora considerar si se dan en la misma los otros dos requisitos exigibles para que pueda aplicarse el art. 7 LDC; es decir, si se produce un falseamiento de la libre competencia que afecte al interés público. El Tribunal considera que, al haber afectado la conducta infractora a una cifra de botellas de vino significativa de este mercado, tal falseamiento sensible de la libre competencia en el mercado se ha producido efectivamente, con afectación al interés público económico lo que acredita la comisión por parte de Freixenet de una infracción del art. 7 LDC”*²³.

En este caso, se observa que la cualificación del acto para el falseamiento de la competencia proviene de la cantidad de botellas de vino que se introdujo como cava. Esto se debe a que dicha cantidad era suficientemente grande como para poder afectar a la estructura del mercado, al ser un porcentaje muy significativo de la oferta de cava y no pudiendo hacerse frente a dicha oferta por los competidores que sí habían respetado el Reglamento de denominaciones de origen.

En lo referido al tercer requisito señalado por PÉREZ BENÍTEZ y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, se concretaría en la afectación del interés público. Conforme a lo expuesto por estos autores, dicho requisito exigiría que la conducta desleal y falseadora de la competencia llegase a afectar al interés público²⁴.

²³ Resolución de 26 de febrero de 2004 TOL 400.613 del Tribunal de Defensa de la Competencia.

²⁴ PÉREZ BENÍTEZ, J.J., GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: *op. cit.*, pág. 450.

Con respecto a este elemento constitutivo del tipo del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia nos encontramos con un obstáculo que resulta difícil salvar y es la precisa definición de lo que debe entenderse por “público”. Esta dificultad se encuentra presente debido a que el carácter de todo aquello que pueda entenderse por “público” se presenta en diferentes contextos, geográfico, cuantitativo o cualitativo.

Según los mencionados autores, de una interpretación esencialmente cuantitativa en los diferentes pronunciamientos que han recaído en lo que respecta a la interpretación de la normativa, actualmente se entiende lo “público” desde una forma cualitativa, esto significa que se exige al acto de carácter desleal que tenga entidad suficiente como para poder causar una grave perturbación en los propios mecanismos reguladores del funcionamiento del mercado en el que se encuadra dicho acto²⁵.

Esto significa que hay que, tal y como se dijo anteriormente, hay que analizar la relevancia de los sujetos que ejecutan el acto de competencia desleal, la naturaleza del mercado en que dicho acto se produzca y la propia trascendencia no solamente económica sino también social que dicho acto ha tenido.

Por último, en cuanto al estudio doctrinal del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, hay que destacar una característica del mismo y es su dualismo. Dicho dualismo es el referido al ámbito de aplicación. Esto se debe a que su aplicación puede realizarse tanto desde el ámbito público como privado.

PÉREZ BENÍTEZ y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA resaltan el carácter complementario de las autoridades nacionales sobre el ámbito de defensa de la competencia, y la relevancia que ostentan los particulares en lo referido a su actuación. Esto se debe a que los mismos tienen la posibilidad de

²⁵ PÉREZ BENÍTEZ, J.J., GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: *op. cit.*, pág. 451.

pretender la nulidad tanto de los actos como de los contratos realizados y afectados por la prohibición derivada

Dichos autores destacan también el hecho de que hasta hace relativamente poco tiempo el texto normativo no contenía referencia alguna dentro de sus disposiciones al posible “enforcement” por parte de los agente privados de las disposiciones contenidas en el propio texto normativo, pero que pese a eso la jurisprudencia ha ido expandiendo, de forma paulatina, su ámbito de protección y reconociendo, por tanto, y por parte de las autoridades comunitarias, la posibilidad de la aplicación de las disposiciones normativas por parte de los diferentes agentes privados siempre y cuando concurren los requisitos del tipo.

3.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En esta parte del trabajo se va a proceder al estudio del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia a través del análisis de una serie de sentencias. Dicho análisis de jurisprudencia se realizará analizando cada sentencia por separado, exponiendo su supuesto de hecho y los fundamentos de derecho que sean relativos al falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

3.1.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 3334/2018

Este caso lo he escogido para la realización de la parte referente al análisis jurisprudencial de este trabajo debido a que es el famoso caso “OTIS” que sirve de ejemplo para mostrar un hecho prototípico del apartado 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En esta sentencia se podrá observar claramente, tal y como se expondrá en el resumen y explicación de los fundamentos de derecho los diferentes requisitos que han de darse y la forma en la que se manifiestan en este caso.

3.1.1.- Supuesto de hecho

La sociedad mercantil Zardoya Otis, S.A es sancionada con una multa por importe de 2.845.362 euros, como responsable de una infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Dicha sanción fue impuesta mediante resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de septiembre de 2013 en el expediente sancionador S/ 0410/12 Ascensores-2.

Dicha resolución imputaba a Zardoya Otis, S.A una conducta consistente en *actos de denigración y engaño respecto de sus competidores*²⁶. Más específicamente dichos actos consistieron en la comunicación a los clientes por parte de OTIS sobre la duda de la capacidad técnica, profesional y económica de empresas competidoras no integradas verticalmente como mantenedoras de aparatos elevadores²⁷.

Con respecto a dichas comunicaciones cabe destacar que con fecha de 26 de enero de 2012 un Delegado de OTIS en Denia envió un correo electrónico a un vecino de una comunidad de propietarios en el que se afirmaba que *“A día de hoy han aparecido una gran cantidad de empresas de pequeño tamaño, ... sin experiencia ni soporte técnico que ofrecen servicios de mantenimiento de cualquier ascensor, con indiferencia de la marca, del modelo o de sus características a un mismo precio. Su principal, y único atractivo de cara al cliente es presentar ofertas a precios peligrosamente bajos. Dichas empresas no suelen disponer de departamentos técnicos, ni ingenierías de apoyo, ni redes amplias que den la cobertura que precisa el mantenimiento de 24h de un ascensor, y no suelen emplear piezas originales dado que buscan otras genéricas del mínimo coste que puedan solventar la avería a corto plazo pero soslaye la vida útil del aparato a largo plazo”*²⁸.

²⁶ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de septiembre de 2013 en el expediente sancionador S/ 0410/12 Ascensores-2.

²⁷ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 de octubre de 2016 (rec. núm. 198/2014), A.D. 2º.

²⁸ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 de octubre de 2016 (rec. núm. 198/2014), A.D. 2º.

Además se realizaron otras comunicaciones como la realizada con fecha 25 de marzo de 2012, en la que la Delegación de Zamora de OTIS, remitió una comunidad de propietarios en la que se disponía que *“Como fabricantes e instaladores de los ascensores de su edificio (...) nos permitimos poner en su conocimiento que determinadas personas/empresas están visitando a comunidad de propietarios para conseguir la conservación de los ascensores con el señuelo de un bajo precio”*. *“(...) sabemos que la conservación de ascensores suele ser efectuada sin la prevención necesaria y con la utilización de recambios de bajo coste no desarrollados específicamente para los ascensores de nuestra marca. De hecho, algunas de estas empresas están denunciadas (...) por diversas irregularidades, alguna de ellas afectando a la seguridad de los usuarios. Como consecuencia de ello. Al poco tiempo la calidad se ve negativamente afectada y la seguridad de los usuarios posiblemente en riesgo”*. *“A la vista de los hechos descritos, les rogamos nos informen de cualquier ofrecimiento que puedan recibir en el sentido expuesto”*²⁹.

Otra de las comunicaciones fue la realizada con fecha de 13 de noviembre de 2012 dirigida a una comunidad de propietarios *“Como fabricantes e instaladores del ascensor de su edificio (..) nos permitimos poner en su conocimiento por experiencias pasadas, que la conservación de los ascensores por empresas ajenas a Zardoya Otis suele ser efectuada con la utilización de recambios de bajo coste no desarrollados específicamente para los ascensores de nuestra marca. Como consecuencia de ello, al poco tiempo la calidad se ve negativamente afectada”*³⁰.

Aparte de las comunicaciones expuestas como ejemplo para poder entender por qué OTIS fue sancionada por la Comisión Nacional de la Competencia, se realizaron también otras comunicaciones de la misma naturaleza.

Zardoya Otis, S.A, recurre a través de un recurso contencioso-administrativo ante la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dicho recurso terminó siendo estimado parcialmente, en cuya sentencia se establecía que si se infringió lo establecido en el

²⁹ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 de octubre de 2016 (rec. núm. 198/2014), A.D. 2º.

³⁰ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 de octubre de 2016 (rec. núm. 198/2014), A.D. 2º.

artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, pero que la multa impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia era excesiva y se pedía a la misma su rectificación.

Ante dicha sentencia OTIS recurre en casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Dicho recurso es desestimado y en el siguiente apartado se estudiarán los fundamentos de derecho que dieron lugar a dicha decisión.

3.1.2.- Fundamentos de derecho

En el Fundamento de Derecho Tercero el Tribunal Supremo establece que la apreciación de un falseamiento de la libre competencia por un acto desleal por parte de la anterior instancia, esto es la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, es correcta, incluso establece que *“En el presente caso, no es necesario entrar en el debate que propone la parte recurrente sobre si la conducta infractora del artículo 3 de la LDC incluye además de los actos desleales que falseen la competencia, aquellos otros con aptitud para ello, pues lo cierto es que de los razonamientos de la sentencia recurrida, recogidos en los FD 7º y 8º, dedicados a examinar la concurrencia de los requisitos de falseamiento de la competencia y afectación del interés público, resulta con toda claridad que la Sala de instancia apreció que la conducta enjuiciada de las sociedades recurrentes no solamente reunía la aptitud, sino que falseó de forma real y efectiva la libre competencia con afectación del interés público...”*³¹.

Establece el Tribunal Supremo también en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia que nos ocupa, que la afectación al interés público sucederá siempre cuando la propia entidad de la conducta o las circunstancias que concurran al momento de realizar la misma, como pueden ser la posición de dominio o significación relativa de la empresa que la lleva a cabo, la situación del mercado en el momento de los hechos la virtualidad de la conducta enjuiciada para obstaculizar el acceso o la permanencia de competidores en el mercado u o tras circunstancias o factores

³¹ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 de octubre de 2016 (rec. núm. 198/2014), F.J. 3º.

semejantes, puedan permitir afirmar la existencia de un falseamiento de la libre competencia que afecte al interés público.³²

Afirma dicho tribunal que la exigencia del tipo infractor se cumple en este caso. Esto lo hace haciendo referencia al Fundamento Jurídico número 8 de la sentencia recurrida de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el que se nombre el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia publicado en 2011 sobre el funcionamiento del mercado de mantenimiento de los ascensores en España, la relevancia económica que tiene dicho mercado, especialmente en un contexto de crisis económico en el que existe una tendencia a la baja en la contratación de nuevos ascensores. Además se destaca en dicho Fundamento Jurídico la posición de privilegio que ostenta OTIS como agente económico del mercado y cuya actuación es determinante de la exclusión de la competencia en el mercado del mantenimiento y reparaciones mediante la intervención en dicho mercado de sus empresas verticalmente integradas, creando con ello una barreras de entrada que dificultan en alto grado la competencia en dicho mercado³³.

Por lo tanto, esta sentencia recoge un claro suceso en el que se produce un falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Esto se debe a que se produce un acto desleal como son las comunicaciones realizadas por OTIS a los consumidores de dicho mercado, siendo OTIS una empresa con posición dominante en el mercado, produciendo ese acto desleal un falseamiento en la libre competencia porque restringe el ámbito de actuación de los demás competidores y afectando al interés público debido a la gravedad que ostenta dicho acto y al tamaño del mercado.

3.2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 4681/2016

La sentencia que se expondrá a continuación ha sido escogida debido a que tiene especial relevancia en cuanto a que muestra claramente el carácter de esencial del requisito de realización del acto desleal, y es que en este caso pese a que se diga que se ha falseado la competencia al no

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

permitir actuar al resto de competidores del mercado y que ello haya perjudicado al interés público, el Tribunal Supremo entiende que no es un acto desleal y que por lo tanto no se trata de un hecho subsumible en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

3.2.1- Supuesto de hecho

Se interpone recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 11 de junio de 2012, mediante la cual Endesa Energía XXI S.L. fue sancionada como autora de una infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Al ser desestimado dicho recurso ante la Audiencia Nacional se interpone recurso de casación ante la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

La resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia de 11 de junio de 2012 apreciaba una conducta desleal por parte de la persona jurídica recurrente basándose en lo establecido en el artículo 15 apartado nº2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal en relación con la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC 1659/2009, de 22 de junio, consistente en *“el traspaso al mercado libre de clientes sin derecho a tarifa de último recurso (TUR) que estaban siendo suministrados transitoriamente por ENDESA, sin recabar el consentimiento expreso del consumidor exigido por la normativa sectorial”*³⁴.

Además, la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, dictada tras la tramitación del expediente sancionador en el número S/0304/2010, consideró a Endesa Energía XXI S.L. responsable de la realización de una conducta desleal del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, que determinó el falseamiento de la competencia con afectación al interés público, imponiendo a la ya mencionada sociedad mercantil, y conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la ya también mencionada Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, una multa de 5.475.000 euros.

³⁴ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 de octubre de 2016 (rec. núm. 198/2014), F.J. 1º.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por Endesa Energía XXI S.L., al entender que se daban todos los requisitos del tipo que se recoge en el artículo 3 de la ley de Defensa de la Competencia.

La Audiencia Nacional entiende que se da el requisito del acto desleal, que en este caso es la migración de todos los clientes no TUR, sujetos a tarifa con recargo, dentro de la propia sociedad sin recabar el consentimiento expreso³⁵.

Entiende también que se da el requisito de falseamiento de la competencia de forma significativa. Esto se debe a que Endesa recibió de forma automática los datos relativos a los clientes que le eran traspasados, esto es antes del 1 de julio de 2009, incluidos también los datos de todos aquellos consumidores sin derecho a TUR que transitoriamente debían de ser suministrados a una TUR penalizada. Dichos datos fueron después usados para traspasar a los clientes, de forma automática, y a través de un mecanismo que la norma no contempla, a su cartera de clientes suministrados a precio libre. Al realizar dicho traspaso se ha evitado que los clientes hagan lo que el legislador pretendía que era el hecho de que al ser presionados por la penalización en la tarifa, buscaran dentro del mercado la oferta que más beneficiosa les resultase, de forma que se disminuyese la inercia en el mercado y se favoreciese la competencia, dando a otros agentes económicos competidores la oportunidad de poder acceder de manera más sencilla a dichos clientes³⁶.

Pese a esto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo entiende que no se ha producido un falseamiento de la libre competencia por actos desleales, debido a los motivos que se expondrán en el siguiente apartado.

³⁵ *Idem*.

³⁶ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 de octubre de 2016 (rec. núm. 198/2014), F.J. 1º.

3.2.2.- Fundamentos de derecho

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo entiende que no estamos ante un hecho que pueda subsumirse dentro de lo establecido del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia porque faltaría un elemento esencial de dicho tipo que es el acto desleal.

El Tribunal Supremo establece en el primer apartado del Fundamento Jurídico Séptimo que *“La conducta imputada a <<ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)>> en lo que se refiere a la exigencia de recabar el necesario consentimiento para la modificación contractual en el paso de clientes del mercado regulado al mercado libre no puede subsumirse en las normas indicadas, ni en consecuencia, calificarse como un ilícito de comportamiento desleal por más que el contexto regulatorio y las obligaciones que pesan sobre la sociedad recurrente puedan ser equivalentes y similares a las exigibles a aquellos supuestos en los que sí se produce el cambio de suministrador eléctrico. No cabe dicho encaje porque la interpretación extensiva no se acomoda al tenor literal de la Orden sectorial y da lugar a un resultado que atenta los principio rectores del ius puniendi”*³⁷.

Esta posición es argumentada y defendida por el Tribunal Supremo debido a que establece que la interpretación de la Orden sectorial que dota de contenido a la modalidad de conducta desleal del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, parte de un criterio demasiado amplio y que excede del que pudiera deducirse del mencionado precepto, que se limita a ceñirse a los supuestos de cambio de suministrador.

Esta argumentación viene a realizarse, principalmente, para apoyar la tesis del Tribunal Supremo de que en el caso que nos concierne no se da uno de los elementos esenciales del tipo que sería el acto desleal, quedando así destacado el mismo como un requisito insalvable para que pueda darse el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

³⁷ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 de octubre de 2016 (rec. núm. 198/2014), F.J. 7º.

3.3.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 3616/2010

El caso que se expondrá a continuación sirve de claro ejemplo para volver a destacar el carácter esencial del requisito consistente en llevar a cabo un acto de carácter desleal.

Es un caso que además resulta de especial impacto debido a que el acto llevado a cabo no resulta un acto que aparentemente resulte moral sino que desde el punto de vista de la moralidad se observa una alta reprochabilidad en el acto, además de que afecta claramente al interés público al falsear la competencia haciendo alusión a una supuesta falta de profesionalidad del resto de la competencia y por lo tanto restringiendo de manera clara el ámbito de actuación de la misma en el mercado. Pese a ello el Tribunal Supremo declara que no es un hecho subsumible dentro del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia debido a que el acto realizado no es de carácter desleal al no vulnerar ninguna ley.

3.3.1.- Supuesto de hecho

En este caso, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia emite una resolución con fecha 30 de mayo de 2002 mediante la que sancionaba al Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad inmobiliaria de Baleares por una serie de anuncios considerados actos de competencia desleal y contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

Dichos anuncios se encontraban en la página web de la recurrente y en la que se manifestaba que *“el Agente de la Propiedad Inmobiliaria colegiado es el único profesional con titulación... facultado para mediar... en operación de compra-venta y arrendamientos”*³⁸, *“La defensa del interés del consumidor frente al intrusismo profesional en las transacciones inmobiliarias queda protegido..., a través del art. 403 del vigente código penal....”*³⁹, *“ Tanto el Colegio Oficial de*

³⁸ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de julio de 2010 (rec. núm. 3536/2005), F.J. 1º.

³⁹ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de julio de 2010 (rec. núm. 3536/2005), F.J. 1º.

A.P.I., a través de sus servicios... como los A.P.I. colegiados garantizan un tratamiento profesional competente de las operaciones inmobiliarias, por lo que solamente a ellos debe confiarse”⁴⁰.

El Colegio Oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares recurre mediante recurso contencioso-administrativo dicha resolución ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Dicho recurso fue desestimado por la mencionada Audiencia.

El Abogado del Estado mantenía que el anuncio realizado en la página web de la recurrente constituía una práctica restrictiva de la competencia, estando así prohibida por el artículo 7 de la LDC (actual artículo 3), ya que dicha conducta debe de entenderse como un acto desleal, conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

Contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad interpone recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la parte recurrente y estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesta por la misma contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada en fecha 30 de mayo de 2002 anulando el punto tercero de la parte dispositiva en todo aquello que respecta a la parte recurrente y todo ello en base lo que se expondrá y explicará en el siguiente apartado, centrándonos en lo referido al falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

3.3.2.- Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo en este caso entiende que no se ha realizado ningún acto de carácter desleal, debido a que las afirmaciones realizadas por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad eran afirmaciones acorde al contexto de la época explicando que *“no había una doctrina jurisprudencial uniforme, pacífica, inequívoca y manifiestamente clara y concordante en sede*

⁴⁰ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de julio de 2010 (rec. núm. 3536/2005), F.J. 1º.

constitucional y en sede de los tribunales ordinarios acerca de la legitimidad de las atribuciones de los Colegios Profesionales para emprender acciones para evitar el intrusismo profesional promoviendo las acciones civiles, penales y disciplinarias adecuadas para su salvaguarda, o, por si al contrario, dichas conductas eran contrarias al derecho de libre establecimiento y al derecho al ejercicio libre de la profesión de gestor inmobiliario”⁴¹.

Por lo tanto el Tribunal Supremo estaría defendiendo aquí la inexistencia del falseamiento de la libre competencia por actos desleales al faltar en este caso uno de los elementos esenciales que sería un acto de carácter desleal.

3.4.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1863/2009

Al igual que las anteriores dos sentencias, ésta sirve como claro ejemplo delimitador de lo que debe entenderse por acto desleal y la magnitud de dicho requisito cuando se intenta enmarcar un determinado hecho dentro del tipo de la prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos desleales

3.4.1.- Supuesto de hecho

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia emite una resolución de 26 de noviembre de 2002 por la que se sanciona al Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Barcelona-Lleida.

La resolución emitida por el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia recogía que *“ha quedado acreditado que los COLEGIOS TERRITORIALES DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE ARAGÓN, LA RIOJA Y SORIA, DE BARCELONA, DE EXTREMADURA, DE MURCIA, DE ÁVILA y DE GALICIA han incurrido, como autores, en prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistentes en la*

⁴¹ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de julio de 2010 (rec. núm. 3536/2005), F.J. 2º.

publicación de diversos anuncios con manifestaciones engañosas, al afirmar la exclusividad de sus respectivos colegiados en la administración de fincas, distorsionando gravemente la oferta del mercado con afectación del interés público”⁴².

En dicha resolución también se intimaba a los diferentes colegios territoriales de administradores de fincas para que se abstuviesen de publicar en el futuro anuncios similares.

Dicho colegio recurre la mencionada resolución mediante recurso contencioso-administrativo ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. La Audiencia dicta sentencia desestimando el recurso y la representación procesal del Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Barcelona-Lleida interpone recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Dicho recurso termina siendo estimado.

3.4.2.- Fundamentos de Derecho

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, establece en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia que nos atañe que no se da un falseamiento de la libre competencia por actos desleales del artículo 7 (actual artículo 3) de la Ley de Defensa de la Competencia.

Esto lo sostiene en el hecho de que no se ha producido un acto desleal al realizar el Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Barcelona-Lleida las declaraciones que según el Pleno del Tribunal de defensa de la Competencia constituyen un ilícito⁴³.

Fundamenta dicha declaración, en el hecho de que en el Decreto 693/1988, de 1 de abril, que creó el Colegio Nacional de Administradores de Fincas, en el Real Decreto 1464/1988, de 2 de diciembre,

⁴² Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de noviembre de 2002

⁴³ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 31 de marzo de 2009 (rec. núm. 5127/2006), F.J. 3º.

por el que se desarrolla la directiva 67/43/CEE, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios, y en. El Real Decreto 1612/1981, de 19 de junio, se establece que la actividad de Administrador de Fincas exige la obtención de título oficial por parte de quien se dedique a dicha actividad, con carácter permanente y retribuido.

Esto implica que el anuncio publicado en el periódico La Vanguardia el 21 de septiembre de 1997, en el que se informa a todos los propietarios y Comunidades de Propietarios que solamente se encuentran facultados para ejercer la administración de inmuebles los Administradores de Fincas que se encuentren Colegias, no es un ilícito porque es conforme a Derecho.

Por lo tanto, en este caso nos encontraríamos de nuevo en un hecho que no se puede subsumir en la prohibición del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia por el hecho de que el acto realizado por el agente económico, en este caso un Colegio Profesional, no es un acto desleal, sino que es un acto lícito respaldado por el Derecho y que por lo tanto no salva el requisito de exigencia de realización de un acto desleal.

3.5.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 162/2017

La siguiente sentencia ostenta una gran importancia debido a que en ella el Tribunal Supremo va a delimitar lo que puede entenderse por “falseamiento de la competencia” tal y como se expondrá en el resumen de los fundamentos de derecho.

3.5.1.- Supuesto de hecho

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó una resolución administrativa con fecha 24 de febrero de 2013, en al que se sancionaba a Iberdrola S.A debido a una infracción del artículo 3 de la ley de Defensa de la Competencia.

La Comisión Nacional de la Competencia, entendió que el acto desleal que supuestamente había sido realizado por Iberdrola tenía aptitud para poder llegar a falsear la libre competencia en el mercado de forma significativa. Dicho acto consistió en el envío de cartas a un grupo de consumidores, más concretamente los suministrados por una comercializadora de último recurso sin tener derecho a la tarifa de último recurso. Dichas cartas se enviaron a los consumidores haciendo una selección entre ellos y descartándose a los que eran menos atractivos para los intereses económicos de la sociedad mercantil. Dicho envío de cartas con objetivo de captar un grupo importante de clientes, se realizó en un momento del mercado 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”*⁴⁴.

Iberdrola S.A. interpone recurso contencioso administrativo contra la mencionada resolución y ante la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Dicho órgano jurisdiccional desestima el recurso.

Iberdrola interpone recurso de casación contra la sentencia desestimatoria emitida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso por los motivos que se expondrán a continuación.

3.5.2.- Fundamentos de Derecho

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo establece en esta Sentencia, y más específicamente en el Fundamento de Derecho Séptimo lo siguiente *“Por tanto, no puede negarse que la conducta descrita de las sociedades recurrentes afectó el interés público, concretado en este caso en el objetivo perseguido por el proceso legislativo de liberalización del*

⁴⁴. Resolución administrativa de la Comisión Nacional de la Competencia con fecha 24 de febrero de 2013,

sector eléctrico, de mejora de las condiciones de competencia y funcionamiento eficaz de dicho mercado, que resultó obstaculizado en l forma que se ha indicado en la sentencia recurrida”⁴⁵.

En dicho párrafo se pueden observar que se dan dos de los requisitos necesarios para que nos podamos encontrar ante un falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Dichos requisitos serían el acto desleal, que en el caso que nos acontece se concreta en la emisión de cartas con ofertas a un grupo concreto de consumidores que está siendo trasladado de una compañía a otra y que no son liberalizados al mercado, y el segundo requisito el de la afectación al interés público, que se ve afectado por la cantidad de consumidores que se vio envuelta en este acto y por lo tanto ocupando una gran parte del mercado trascendiendo por ello el ámbito privado existente entre los diferentes agentes económicos del mercado.

Más adelante en el mismo Fundamento de Derecho se establece que *“Es cierto que, como alega la parte recurrente, la conducta enjuiciada no cerró el acceso de otras comercializadoras a los clientes cuyos contratos fueron traspasados, a quienes pudieron hacer ofertas de suministro de energía, pero también es verdad que la conducta de las empresas recurrentes alteró las condiciones de competencia, incrementando la posición en desventaja de los competidores en relación con la comercializadora del grupo, pues las sociedades recurrentes iniciaron su estrategia de envío de cartas en julio de 2009, de forma inmediata al traspaso de los clientes a Ibercur, aprovechando sus facilidades de información respecto de los clientes, y una vez producido el cambio de los clientes a la comercializadora del grupo, si otra comercializadora pretendiera que los consumidores efectuaran un segundo cambio, contaría con un margen comercial inferior para efectuar su oferta al que tuvo la parte recurrente en el momento de llevar a cabo el traspaso de los clientes de Ibercur a la comercializadora del grupo”⁴⁶.*

En dicho apartado se puede apreciar que para falsear la competencia no es necesario expulsar al resto de competidores del mercado, sino dificultar su acceso, o su relevancia en el mismo, haciendo

⁴⁵ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 3 de febrero de 2017 (rec. núm. 779/2014), F.J. 7º.

⁴⁶ STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 3 de febrero de 2017 (rec. núm. 779/2014), F.J. 7º.

que les sea imposible competir con el agente económico realizador del acto de carácter desleal. Dicho hecho se ve potenciado cuando la empresa que lo realiza posee una posición dominante en el mercado, como es el caso de Iberdrola.

4.- CONCLUSIONES

Una vez realizado el estudio del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia consistente en la prohibición del falseamiento de la libre competencia por actos desleales, tanto en su vertiente doctrinal como jurisprudencial, voy a proceder a destacar los puntos, que en mi opinión, resultan más relevantes para entender de forma completa el mencionado precepto.

1º.- El primer punto que habría que destacar, es que la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia no concibe la competencia como una libre competencia en el sentido más literal y absoluto, sino que busca una competencia en términos “suficientes” para que la misma sea una competencia eficaz, que permita que los agentes económicos compitan entre ellos para un mayor desarrollo del mercado, pero no hasta el punto de que la competencia conlleve la expulsión o prohibición de entrada de otros agentes económicos por parte del que haya realizado un acto de competencia. Y el artículo 3 no queda fuera de esta idea, dicho precepto busca una competencia real, que permita estimular el mercado, pero al mismo tiempo prohíbe el falseamiento de la competencia en el sentido de que no puedan realizarse actos de competencia tan graves que puedan llegar a perjudicar de manera grave a la estructura del mercado, es decir, sirve como límite entre la competencia efectiva y una competencia total, ya que ésta última sería contraproducente para los fines que persigue la Ley de Defensa de la Competencia, al permitir en su caso situaciones de abuso de poder.

2º.- El segundo punto que me gustaría destacar, es el hecho de que existe tanto por parte de la doctrina como de la propia jurisprudencia un consenso acerca de la naturaleza y entidad de los requisitos, que la Ley de Defensa de la Competencia recoge en su artículo 3, para que podamos

encontrarnos ante un hecho subsumible dentro de la prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Según dicho artículo los requisitos serían tres: La existencia un acto de carácter desleal; el falseamiento de la competencia; y la afectación al interés público, siendo luego precisado por la doctrina el carácter más o menos interdependiente de cada uno de ellos tal y como se expondrá en los siguientes puntos de las conclusiones.

3º.- En lo que respecta al requisito de realización de un acto que sea constitutivo de un ilícito al poder subsumirse en un acto de carácter desleal, cabe destacar que solamente nos encontraremos ante tal, cuando dicho acto no se encuentre respaldado por el Derecho. Esto puede observarse sobre todo en el análisis jurisprudencial realizado en este trabajo, y es que pese a que un acto conlleve un gran impacto en el mercado, como pueden ser las afirmaciones de que cierto colectivo trabajador solamente está cualificado para el trabajo cuando se encuentra colegiado, dicho acto no será subsumible dentro de lo que se entiende como “acto de carácter desleal”, por lo que no constituiría un ilícito. Se estaría por tanto afirmando que un acto de competencia podría afectar a la propia estructura del mercado y por lo tanto al interés público, y no se podría subsumir dentro de lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia debido a que no cumpliría con el requisito más básico consistente en la realización de un acto de carácter desleal.

4º.- En cuanto al falseamiento de la competencia la misma se da cuando el acto desleal, afecta a la estructura propia del mercado en el que se ha realizado o llevado a cabo el acto de carácter desleal. Esto es, modificando la oferta o afectando a la demanda de forma tal que los demás agentes económicos se vean desplazados no pudiendo hacer frente a esa competencia o incluso que se prohíba o dificulte de manera excesiva la entrada al mercado a otros agentes económicos. Por lo tanto, sería un requisito totalmente dependiente de la afectación al interés público, siendo el mismo la protección de la propia estructura del mercado que garantiza una competencia real y efectiva entre los agentes que operan en aquél.

5º.- Por último cabe destacar la afectación al interés público, entendiéndose el mismo como requisito para poder subsumir un hecho dentro de lo establecido en el mencionado precepto. La

afectación al interés público debe entenderse como todos aquellos efectos del acto desleal que sobrepasan la esfera privada de los agentes económicos en el mercado y llegan a afectar al mismo en su propia estructura, viéndose así afectados los objetivos de eficacia que la normativa en competencia desleal y defensa de la competencia persigue. Por lo tanto, para saber si un acto que revista el carácter de desleal ha podido afectar al interés público habría que analizar una serie de hechos, como la posición que ostenta en el mercado el agente económico que realiza el acto, el tamaño del mercado, el estado del mismo, a qué porción del tamaño del mercado ha afectado el acto. Cabe destacar también que hay autores que entienden que la afectación al interés público es un requisito que engloba al requisito de falseamiento de la competencia, siendo éste un medio y la afectación del interés público un resultado que es el que la norma quiere evitar. Es decir, el falseamiento de la libre competencia sería el método idóneo para la afectación del interés público que es el verdadero objeto de protección de la norma y no el mero falseamiento de la libre competencia.

5.- BIBLIOGRAFÍA

- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.: “Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC” Anuario de la competencia, Nº1, 2014, págs. 201-220.
- GONZÁLEZ PONS, E.: “Actos concretos de competencia desleal (III): Prácticas agresivas; discriminación y dependencia económica; la venta a pérdida (arts. 8, 16 y 17 LCD)”. En AA.VV. (ARMENGOT VILAPLANA, A., CORBERÁ MARTÍNEZ, J., M., GONZÁLEZ PONS, E., MARTORELL ZULUETA, P., NAVARRO PARRA, C., RAMÍREZ, PALAU, F., BENEYTO, K, Direc): *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal*, 1ª ed, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, págs. 168-196.
- MASSAGUER FUENTES, J.: “Treinta años de Ley de Competencia Desleal”, Actualidad jurídica Uría Menéndez, Nº55, 2021, págs. 64-94.
- PALOMAR OLMEDA, A.: “Las conductas contrarias a la defensa de la competencia y los procedimientos administrativos en la materia”. En AA.VV. (BELÉN CAMPUZANO, A., CALDERÓN., C., PALOMAR OLMEDA, .A, Direc.): *El Derecho de la Competencia*, 1ª ed, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, págs. 85-88.
- PALOMAR OLMEDA, A.: “La evolución normativa de la defensa de la competencia en España. La incidencia del Derecho Comunitario”. En AA.VV. (BELÉN CAMPUZANO, A., CALDERÓN., C., PALOMAR OLMEDA, .A, Direc.): *El Derecho de la Competencia*, 1ª ed, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, pág. 16.
- PÉREZ BENÍTEZ, J.J., GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: “La competencia desleal (II) Acciones y procedimiento. Falseamiento de la competencia por actos desleales”. En AA.VV. (CURTO POLO, M., M., GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., MARTÍN ARESTI, P., ORDÓÑEZ SOLÍZ, D., PÉREZ BENÍTEZ, J., J., CARBAJO CASCÓN, F, Direc.): *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, págs. 438-450.