



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Estudio doctrinal y jurisprudencial sobre el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Autor

Alejandro Arracó Dueso

Director

Juan L. Arpio Santacruz

Facultad de Derecho
2016

ÍNDICE

	Páginas
ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	3
I. INTRODUCCIÓN.....	4 - 6
1. Cuestión tratada.....	4
2. Razón de elección del tema y justificación de su interés.....	4 - 5
3. Metodología seguida.....	5 - 6
II. EL FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES COMO CONDUCTA PROHIBIDA POR LA LDC.....	7 - 12
1. Antecedentes.....	7 - 8
2. El artículo 3 de la Ley 15/2007.....	8 - 11
3. Justificación de la prohibición.....	11 - 12
III. PRESUPUESTOS DEL TIPO INFRACTOR.....	13 - 24
1. Consideraciones previas.....	13
2. Acto de competencia desleal.....	13 - 16
3. Falseamiento de la libre competencia.....	17 - 20
4. Afectación del interés público.....	20 - 22
5. Examen de la conducta prohibida por los órganos de defensa de la competencia.....	22 - 24
IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INFRACCIÓN.....	25 - 27
V. CONCLUSIONES.....	28 - 29
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	30 - 32
ANEXO.....	33 - 66

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AN= Audiencia Nacional

Art.= Artículo

CCAA= Comunidades Autónomas

CNC= Comisión Nacional de la Competencia

CNMC= Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

COAPI= Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria

Expte.= Expediente

PYMES= Pequeñas y medianas empresas

LDC= Ley de Defensa de la Competencia

LCD= Ley de Competencia Desleal

LOPJ= Ley Orgánica del Poder Judicial

LRPRC= Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia

RD= Real Decreto

S.= Sentencia

TDC= Tribunal de Defensa de la Competencia

TS= Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN.

1. CUESTIÓN TRATADA.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) regula en el Capítulo I del Título I las conductas prohibidas, entre la que se encuentra el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, ilícito tipificado en el artículo 3 LDC, que va a ser objeto de estudio en este trabajo. A esta conducta prohibida se suman las reguladas en los artículos 1 y 2 LDC, esto es, las conductas colusorias y el abuso de posición dominante, respectivamente.

Centrándonos en el ilícito objeto del trabajo, la LDC atribuye competencia a la CNMC¹ y a los órganos de defensa de la competencia autonómicos, para que conozcan de los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público. Es, por tanto, una norma que extiende la denominada «aplicación pública» propia de las normas de defensa de la competencia, a los actos de competencia desleal, siempre y cuando se cumplan algunos presupuestos que más adelante se precisarán.

2. RAZÓN DE ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.

El Derecho de la competencia constituye un ámbito del Derecho Mercantil que tiene indudable trascendencia, ya que regula los comportamientos de los distintos operadores económicos en el mercado. Además, este Derecho está integrado por las normas de defensa de la competencia y por las normas dirigidas a reprimir la competencia desleal.

El artículo 3 LDC permite estudiar la relación que existe entre estos dos conjuntos normativos, es decir, entre la defensa de la libre competencia y la competencia desleal, ya que, como se ha indicado, es una norma que exige que se produzca un acto de

¹ El actual órgano estatal de defensa de la competencia es la CNMC. Sin embargo, durante la vigencia de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, y de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, el órgano encargado de tutelar este bien jurídico era el TDC. Posteriormente, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ese órgano fue sustituido por la CNC, que ha desarrollado sus funciones hasta el año 2013, donde ha sido reemplazado por la CNMC.

competencia desleal, pero está destinada a defender la competencia. En el trabajo se pone de manifiesto la relación entre las dos leyes más importantes en materia competencial, como son la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal (en adelante LCD), y la LDC, por lo que para su realización se han estudiado ambas conjuntamente.

En relación al artículo 3 LDC, estamos ante un precepto que ha suscitado debates doctrinales sobre su razón de ser y su propia existencia. No faltan defensores ni detractores al respecto. Un sector doctrinal defiende su existencia porque entienden que el artículo 3 LDC es un ilícito más, independiente de las prácticas colusorias y del abuso de posición dominante, que está destinado a sancionar determinadas conductas de forma autónoma con respecto a los otros dos ilícitos. Por el contrario, otros autores critican su existencia, ya que consideran que existe suficiente normativa idónea para reprimir y sancionar las conductas comprendidas en el ámbito del artículo 3 LDC².

En este trabajo se va a poner de manifiesto la limitada aplicación por parte de los órganos de defensa de la competencia de este artículo. Las resoluciones donde se reconoce su infracción son escasas, lo cual puede deberse a varios motivos que a lo largo del estudio se explicarán. Por este motivo, por la aplicabilidad limitada de este tipo infractor, ha supuesto un reto elaborar un trabajo sobre una materia tan específica, y a su vez una motivación a medida que el estudio avanzaba.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA.

El punto de partida de este trabajo ha sido el estudio en particular de todas aquellas resoluciones de los órganos de defensa de la competencia que se han pronunciado sobre la realización de conductas desleales, y que han dado lugar a un falseamiento la libre competencia y a una afectación al interés público, desde 1993 hasta la actualidad.

También se han estudiado muchas de aquellas resoluciones en las no se cumplía con alguno de los tres presupuestos, lo cual ha llevado a la no aplicación por parte del

² Especialmente crítico se muestra el Profesor Dr. Fernando Díez Estella, quién en alguna de sus múltiples publicaciones ha llegado a pedir la derogación del artículo 3 LDC. Tal es la polémica sobre la razón de ser de este artículo, que llevó a plantearse en el Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia que debía hacerse al respecto. Sin embargo finalmente no se pronunció ni a favor ni en contra.

Tribunal de dicho artículo, pero que, sin embargo, han resultado de gran interés para precisar su alcance. A su vez, en los casos en los que se ha producido una revisión judicial de las resoluciones, también se han estudiado las sentencias al respecto.

En cuanto a la estructuración del trabajo, éste se inicia con un análisis histórico del tratamiento jurídico que se ha concedido a los actos desleales desde la perspectiva de la defensa de la competencia en el ordenamiento jurídico español, para, posteriormente dedicar especial atención al régimen que de dichos actos se hace en la Ley 15/2007 (Epígrafe II). Más adelante se analizarán los presupuestos del tipo infractor a la luz de las resoluciones estudiadas (Epígrafe III). El trabajo continúa con las consecuencias derivadas de la infracción (Epígrafe IV), para terminar con unas conclusiones finales (Epígrafe V), con las referencias bibliográficas estudiadas (Epígrafe VI) y con un anexo que contiene el resumen de los principales expedientes estudiados.

II. EL FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES COMO CONDUCTA PROHIBIDA POR LA LDC.

1. ANTECEDENTES.

El falseamiento de la libre competencia por actos desleales ha sido regulado en España como conducta prohibida desde la adopción de las primeras normas de defensa de la competencia. El antecedente más lejano se encuentra en la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (en adelante LRPRC). El artículo 3. d) de esta disposición establecía lo siguiente:

«En particular, quedan prohibidas las prácticas concertadas o abusivas que, incluídas en los artículos anteriores, consistan en:

d) Desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores».

Como se puede apreciar, este artículo concedía relevancia *antitrust*³ a los actos desleales. No obstante, su régimen difería sustancialmente del actual, ya que exigía para catalogar una conducta desleal como conducta anticompetitiva, que se encuadrara dentro de una práctica colusoria o se llevara a cabo desde una posición dominante.

Tras la derogación de la LRPRC por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, la trascendencia *antitrust* de los actos desleales se reconoció en el artículo 7 de esta disposición. La primera redacción del precepto estableció lo siguiente:

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

Durante su periodo de vigencia, esta Ley sufrió importantes modificaciones. En concreto, el artículo 5 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley

³ Término anglosajón empleado para referirse a aquellas conductas restrictivas de la competencia, que encontramos en los artículos 1 a 3 LDC: conductas colusorias, abuso de posición dominante, y falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, modificó el texto del artículo 7 LDC, cuya redacción quedó de la siguiente manera:

«1. El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando 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.
2. Cuando, a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia, no concurren dichas circunstancias, procederá al archivo de las actuaciones».

Vemos por tanto como la actual redacción del artículo 3 LDC es fruto de una evolución legislativa que se ha ido produciendo a través de los años. Inicialmente, en la Ley 110/1963, la distorsión de la competencia llevada a cabo por actos desleales no era considerada como un tipo infractor autónomo, y tampoco se exigían los presupuestos que hoy en día se exigen. Por el contrario, la Ley 16/1989 va precisando su contenido y alcance. De hecho, en la modificación inmediatamente anterior a derogación de esta ley, que daría lugar a la publicación de la actual Ley 15/2007, se concretó la exigencia del presupuesto de falseamiento de la libre competencia, añadiendo para ello la nota de «distorsión grave».

3. EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE 15/2007.

El artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ubicado en el Capítulo I del Título I, establece lo siguiente:

«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».

La lectura del precepto permite deducir que para que una conducta pueda ser enjuiciada a través de este tipo infractor exige que se produzca un acto de competencia desleal que falsee la competencia en el mercado y que esa distorsión afecte al interés público. Se trata de tres requisitos cumulativos e independientes entre sí, que deben apreciarse conjuntamente.

El precepto presenta algunas diferencias con respecto al tratamiento que se hacía de esta conducta en disposiciones anteriores. En primer lugar, en relación con su antecedente más lejano, el artículo 3.d) LRPRC, cabe apreciar que éste artículo configuraba el precepto como un complemento de las conductas colusorias y el abuso de posición dominante, ilícitos que en la actual LDC aparecen regulados de manera independiente, respectivamente en los artículos 1 y 2 LDC.

Conviene resaltar que a pesar de esta independencia que también se establecía en la Ley 16/1989, el TDC consideró esta conducta como un complemento de los otros dos tipos *antitrust* durante algún tiempo, quedando subsumido en múltiples ocasiones el artículo 3 LDC por los otros dos ilícitos. Así se aprecia en la doctrina «Planes Claros», que emana de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, en relación con el Expte. 456/99, RETEVISIÓN/TELEFÓNICA⁴, y que vamos a estudiar a continuación.

La empresa RETEVISION, S.A. formuló denuncia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en desarrollar una estrategia destinada a obstaculiza e impedir la entrada en el mercado y el establecimiento del nuevo operador, RETEVISIÓN, utilizando para ello una campaña donde se incluía información sobre la evolución de su competidor.

Estas prácticas suponían una barrera a la entrada de nuevos operadores en el mercado, reforzando la posición de dominio de TELEFÓNICA, por lo que el TDC

⁴ Todos los expedientes estudiados en este trabajo han sido extraídos de la página *web* de la CNMC: <https://www.cnmc.es/>

concluyó que se había producido un incumplimiento del entonces vigente artículo 6 de la LDC, actual artículo 2 LDC, que prohíbe el abuso de posición de dominio⁵.

Por otro lado, la empresa había desarrollado una campaña publicitaria supuestamente engañosa, al ofrecer unos productos que no habían sido aprobados en los mismos términos de su inicial comercialización, lo que constituiría un posible acto de competencia desleal al que sería de aplicación la prohibición del artículo 7 de la LDC, actual artículo 3 LDC⁶.

En definitiva, en este caso el TDC tuvo que juzgar varias conductas, y lo hizo de la siguiente manera. En vez de considerar que se habían llevado a cabo dos infracciones independientes de los entonces vigentes artículos 6 y 7 LDC, consistentes en un abuso de posición dominante y un falseamiento de la libre competencia, entendió que los elementos desleales de la conducta, al integrarse en la definición de una conducta abusiva concreta, como era el caso del abuso de posición dominante, no podían considerarse al mismo tiempo como infracción del artículo 7 LDC, subsumiéndose el ilícito desleal en la figura regulada por el artículo 6 LDC. El TDC entendió que al resolver de esta manera que no se producía un doble reproche antitrust y desleal, sino que un ilícito subsumía al otro.

Sin embargo, la CNMC en sus más recientes resoluciones se ha encargado de aclarar que los artículos 1 y 2 LDC son dos ilícitos independientes.⁷

Por otra parte, la principal diferencia entre el artículo 7 de la Ley 16/1989 y el artículo 3 de la Ley 15/2007, es que se ha suprimido la nota de «sensible» o «distorsión grave» respecto al falseamiento de la libre competencia. Además, en el esquema que establece la Ley 15/2007, el artículo 3 va a aplicarse no sólo por el órgano estatal de

⁵ Telefónica trató de lanzar, en septiembre de 1997, una serie de productos comercializados bajo el nombre Planes Personales. Se trataba de productos basados en descuentos a determinados colectivos de usuarios para incentivar el consumo, y fueron paralizados rápidamente ante su carácter discriminatorio, al poder producir un efecto de fidelización en determinados grupos de clientes.

⁶ En febrero de 1998, Telefónica lanzó al mercado una campaña de publicidad anunciando una nueva oferta de productos denominados Los Planes Claros, que eran paquetes de descuento sobre las llamadas a los números de teléfono que el cliente eligiera, cuya finalidad, a juicio del Servicio del TDC, era bloquear la contratación de servicios y obstaculizar el asentamiento en el mercado del operador entrante en el mercado, RETEVISION, S.A.

⁷ Expte. 456/99, Retevisión/Telefónica, confirmado por la STS de 20 de abril de 2010 (RC 3337/2007).

defensa de la competencia, sino también por los órganos autonómicos de defensa de la competencia, hecho novedoso que no se había producido en las anteriores redacciones. Éstos tienen las mismas facultades de tutela que tiene la CNMC.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN.

Como se sabe, los actos de competencia desleal se someten a lo dispuesto en la LCD. Cabe preguntarse entonces por la razón de que existiendo una normativa específica, se regulen estos actos a través de la LDC.

La explicación se puede encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este Tribunal considera que dada la importancia que tiene la defensa de la libre competencia, debe ser tutelada por el Derecho desde una doble perspectiva⁸. Por un lado, cualquier damnificado debe tener la posibilidad de ejercitar las oportunas acciones civiles que faculta la LCD, cuyo objetivo es tutelar los intereses privados, lo cual se traducirá, en su caso, en un resarcimiento de los daños y perjuicios privados ocasionados a los particulares. Por otro lado, las autoridades públicas, cuyo objetivo es velar por los intereses públicos, deben tener la posibilidad de sancionar administrativamente aquellas conductas que pudiesen afectar al interés público, y esto se logra a través de la LDC.

La diferencia parece por lo tanto obvia, hay una doble protección, una privada y otra pública, dotando al sistema de una mayor seguridad jurídica. El legislador con esta técnica múltiple, pretende que los comportamientos desleales que se lleven a cabo sean reprimidos tanto si afectan únicamente a intereses privados, como si afectan a los intereses colectivos.

La propia LCD ya presupone que las actuaciones de unos empresarios frente a otros trascienden, en muchas ocasiones, del interés meramente privado y afectan al interés colectivo de los consumidores y al interés del Estado⁹.

⁸ Vid STS de 8 de marzo de 2002 y STS de 20 de junio de 2006.

⁹ Exposición de Motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Por ello, para poder aplicar los mecanismos de protección privada que faculta la LCD, debe producirse uno de los actos de competencia desleal regulados en los artículos 4 a 18 de dicha Ley. Por el contrario, la LDC exige que, además de la existencia de un acto de competencia desleal, éste tiene que cumplir dos requisitos adicionales: falsear la libre competencia, y afectar al interés público. Sólo cuando se produzcan tales presupuestos, se habrá infringido el artículo 3 LDC, y en consecuencia las autoridades públicas actuarán de oficio o a instancia de parte para reprimir la conducta.

La diferencia entre ambos mecanismos de protección se pone de manifiesto con claridad en el Expte. R 114/95 Enoquisa, donde un laboratorio denunció a otro por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, en concreto del entonces vigente artículo 7 LDC, consistentes en repartir un croquis en el que se resaltaban, de forma comparativa, las diferencias entre ambos laboratorios, denunciante y denunciado. El TDC entendió que debía valorarse si la conducta desleal producía unos efectos gravemente perturbadores del funcionamiento del mercado, ya que el objeto del artículo 7 LDC no era reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados.

En este sentido, afirmó el TDC que «La Ley de Defensa de la Competencia es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado»¹⁰.

¹⁰ Fundamento de Derecho 1º, Expte. R 114/95 Enoquisa.

III. PRESUPUESTOS DEL TIPO INFRACTOR.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Dado que los intereses protegidos por la LDC difieren de los protegidos por la LCD, la primera establece tres presupuestos específicos que necesariamente deben concurrir para considerar que una conducta es contraria al artículo 3 LDC. En primer lugar, el comportamiento tiene que calificarse como un acto de competencia desleal. En segundo lugar, dicho acto desleal debe ser susceptible de falsear la libre competencia. Y, por último, el interés público debe verse afectado como consecuencia del falseamiento. En este apartado se van a analizar los tres presupuestos mencionados.

2. ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL.

Si seguimos el tenor literal de lo establecido en el artículo objeto de estudio, el primer presupuesto que tiene que cumplir una conducta para quedar comprendida en su ámbito de aplicación, es que constituya un acto de competencia desleal.

Para saber si un acto merece tal consideración, debemos referirnos a lo que la LCD establece en el artículo 4, donde se considera desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de buena fe. Los artículos 5 a 18 LCD establecen en qué circunstancias determinados actos son contrarios a dicha exigencia. Tratándose de prácticas comerciales con consumidores y usuarios, el artículo 4 LCD precisa que se reputará contrario a las exigencias de la buena fe, todo comportamiento contrario a la diligencia profesional exigida, y que sea capaz de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio¹¹.

La práctica de la CNMC pone de relieve cuáles son los actos que más frecuentemente han sido enjuiciados bajo el amparo del artículo 3 LDC. Uno de los actos desleales más repetidos es el contenido en el artículo 15 LCD, consistente en la adquisición de una ventaja competitiva mediante la violación de normas. Así, por ejemplo, encontramos una denuncia presentada contra la empresa energética Iberdrola

¹¹ Sobre estos artículos, *vid.* BERCOVITZ RÓDRIGUEZ-CANO, A., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

(Expte. S/0213/10 IBERDROLA SUR), donde se le sanciona por el incumplimiento de la normativa sectorial¹², al haber traspasado contratos de una comercializadora a otra sin recabar el consentimiento expreso de los clientes.

Encontramos idéntica infracción y sector en el Expte. S/0304/10 ENDESA, donde la empresa denunciada es Endesa por llevar a cabo una modificación contractual, derivada del cambio de suministrador, para lo cual deberían haber requerido el consentimiento previo de los clientes, y no lo hicieron. Pese a notificarse a los consumidores, cosa que en el expediente de Iberdrola no se hace, en esta ocasión no esperan a que los clientes den su consentimiento, lo cual supuso nuevamente un acto de competencia desleal consistente en violación de normas¹³.

En el Expte. 535/02, Eléctrica Eriste, el denunciado en el año 1997 ante el TDC fue el Ayuntamiento de Benasque. Tanto el propio Ayuntamiento como la empresa Eléctrica de Eriste S.L. venían ejerciendo de manera concurrencial la actividad de distribución de electricidad en zonas fronterizas dentro de la provincia de Huesca. El problema surgió cuando se inició la construcción de una nueva área, sobre la cual ambos pretendían obtener la concesión del servicio de distribución de electricidad. Se imputó al Ayuntamiento un acto de competencia desleal consistente, una vez más, en violación de normas, puesto que presentó su oferta para solicitar la concesión de forma verbal y fuera de plazo, una vez conocida la de su único competidor¹⁴.

La adquisición de una ventaja competitiva mediante una infracción de normas no ha sido el único acto de competencia desleal enjuiciado por las autoridades nacionales de la competencia. En el Expte. S/410/12, ASCENSORES-2, una empresa dedicada al montaje y reparación de ascensores en general llevó a cabo una conducta consistente en el envío de comunicaciones con contenido engañoso y denigratorio sobre las actividades de sus rivales, con el objetivo de obstaculizar su actividad y eliminar la competencia. La

¹² Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009, donde se regula la conformidad necesaria de los clientes para el cambio de suministrador.

¹³ La norma infringida fue el artículo 3.2 del RD 485/2009, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica.

¹⁴ Además, en los arts. 14 y 39 de la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, aparece regulada la obligación de los Ayuntamientos de proceder a constituirse en sociedades mercantiles para el desarrollo de las actividades de distribución de energía eléctrica, lo que supone la necesidad de separación jurídica de las actividades de generación y distribución de electricidad, requisito que en este caso tampoco cumplen.

CNC estimó que se habían producido los actos de competencia desleal tipificados en los artículos 5 y 9 LCD¹⁵.

En el Expte. 560/03 se examinó una conducta realizada por la empresa Freixenet para valorar si incurría en actos de engaño y de violación de normas. En 1996 tuvo entrada en el Servicio del TDC, actual Dirección de la CNMC, denuncia presentada por CODORNÍU contra FREIXENET, por haber vendido botellas de vino espumoso como Cava, sin cumplir los requisitos requeridos para ello por la denominación de origen¹⁶. El TDC resolvió que se habían producido dos actos de competencia desleal, en primer lugar una violación de normas, y como consecuencia de ello, un acto de engaño.

Volviendo nuevamente al sector eléctrico, en el Expte. S/0184/09, GAS NATURAL el acto de competencia desleal consistió en una campaña de comunicación a los clientes de Gas Natural alertándoles sobre las prácticas llevadas a cabo por agentes comerciales ajenos a la compañía¹⁷. La Dirección de Investigación de la CNC entendió que tales alusiones a competidores suponían un acto de comparación, y al mismo tiempo un acto de denigración, regulados en los artículos 9 y 10 LCD.

Finalizando con el análisis del primer presupuesto del tipo infractor regulado en el artículo 3 LDC, que exige la realización de un acto de competencia desleal, debemos referirnos al sector donde los Tribunales más han reconocido tal infracción, que involucra a los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria¹⁸. Debido a las numerosas resoluciones y sentencias al respecto, se va a proceder al estudio de todas ellas de manera conjunta, ya que, como veremos a continuación, en todos los expedientes se aprecia un mismo patrón de conducta y, en consecuencia, una misma calificación por el TDC.

¹⁵ Las cartas a los clientes contenían informaciones como las siguientes: «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».

¹⁶ El artículo 12 del Reglamento de Denominación de Origen Cava establece que para poder emplear la denominación «CAVA», el periodo de fermentación en la botella debe ser, al menos, de 9 meses, y en este caso es inferior.

¹⁷ Incluía frases tales como: «agentes comerciales no pertenecientes a GAS NATURAL», «cierto malestar», o «visita inesperada».

¹⁸ Expte. 485/00, Agentes Propiedad Murcia, Expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento, Expte. 519/01 ASOC. ETI/COLEGIOS APIS, Expte. R 435/00, Propiedad Inmobiliaria Toledo, Expte. 521/01, Agentes Propiedad Inmobiliaria, Expte. 357/95, Expertos Inmobiliarios, Expte. 529/01 Administradores de Fincas.

Las conductas fueron llevadas a cabo por los COAPI de distintas provincias españolas como las de Madrid, Zaragoza, Murcia, Alicante, Baleares, Guipúzcoa, Vizcaya, Barcelona, La Coruña o Navarra entre otras, y consistieron en la difusión y publicación de anuncios en periódicos de gran tirada local, a través de medios radiofónicos o en páginas *web*, desacreditando a los operadores no titulados como agentes de la propiedad inmobiliaria.

Entre sus declaraciones consideraban intrusos a aquellas personas que ejercían la intermediación inmobiliaria sin ser agentes de la propiedad, asegurando que para operar en el mercado de las transacciones inmobiliarias hacía falta una titulación de grado medio y aprobar un examen, por lo que quienes no cumplían estos requisitos, incurrían en un delito de usurpación de funciones¹⁹.

Así pues, se atribuían las funciones de mediación en exclusiva, con el objetivo de reducir su competencia, pero de una manera desleal, menoscabando el crédito del resto de profesionales no API, quienes también podían intervenir lícitamente en una intermediación inmobiliaria, y distorsionando, en consecuencia, la libre competencia del mercado.

El TDC entendió al respecto que las declaraciones realizadas inducían a error y menoscababan el crédito de los competidores que no eran API, puesto que su único objetivo era atraer clientes de una manera desleal, para obtener una ventaja concurrencial. Por ello, calificó tales conductas como actos de competencia desleal consistentes en actos de engaño y en actos de denigración, tipificados en los artículos 5 y 9 LCD respectivamente, infringiendo al mismo tiempo la cláusula general de buena fe.

¹⁹ Alguna de las afirmaciones eran las siguientes: «El Agente de la Propiedad Inmobiliaria colegiado es el único profesional con titulación facultado para mediar en operaciones de compra-venta y arrendamientos», «Tanto el Colegio Oficial de 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».

3. FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA.

El segundo de los presupuestos del tipo infractor, que resulta del tenor literal del precepto, consiste en que el acto de competencia desleal sea susceptible de falsear la libre competencia.

La LDC no define qué se debe entender por falseamiento de la libre competencia. La doctrina se ha referido a este concepto en los siguientes términos: «La relevancia dada a este aspecto funcional, aunque no siempre se haya explicitado, resultará precisamente de su aptitud para eliminar competidores del mercado»²⁰. Esta opinión se ha visto confirmada en varias resoluciones del órgano nacional de defensa de la competencia, que a continuación vamos a estudiar.

En primer lugar cabe mencionar la resolución de la CNC en el ya estudiado Expte. S/0304/10 ENDESA. La Dirección de Investigación de la CNC se pronunció para afirmar que los actos desleales falsean la libre competencia cuando afectan a la capacidad de competir de otras empresas o alteran el funcionamiento del mercado limitando dicha capacidad. El Consejo de la CNC coincidió en que en este caso se producía tal falseamiento por varios motivos.

En primer lugar, la conducta situaba al resto de comercializadoras en desventaja para atraer clientes, ya que no era comparable el grado de información del que disponía ENDESA con el que podían tener obtener los competidores.

Además era una conducta que atentaba contra el principio de libre elección del consumidor, contra la igualdad de condiciones de todos los operadores y contra la apertura del mercado, ya que se produjo en un momento en el que se estaba llevando a cabo el proceso de liberalización del sector eléctrico.

²⁰ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cívitas, Madrid, 2015, p. 287.

ENDESA alegó que solo afectó a un 1,1% del total de la demanda eléctrica, lo cual consideraba algo insignificante, y que por lo tanto debería ser calificado como una conducta de menor importancia regulada en el artículo 5 LDC. Sin embargo, la CNC no compartió tal consideración, al entender que eso se tradujo en más de trescientos mil clientes afectados, consumidores domésticos y PYMES, siendo, por tanto, susceptible de tener un impacto sensible sobre la competencia.

En las resoluciones relativas a los COAPI, el falseamiento derivó de la clase de servicio afectado. Una vez determinado que los diferentes Colegios cometieron dos actos de competencia desleal, se pasó a valorar si tales actos eran susceptibles de producir un falseamiento de manera sensible de la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional y si, por su propia dimensión, dichas conductas eran capaces de afectar al interés público económico.

El Servicio del TDC consideró que las conductas llevadas a cabo eran susceptibles de distorsionar gravemente la competencia, al tratarse de un sector muy sensible a las ligeras variaciones de precio, que hacía que los potenciales clientes se inclinaban por unos u otros profesionales en función de las variaciones de precios. Además, entendió que la difusión de estas informaciones en medios de comunicación eran capaces de trascender del ámbito territorial en que se emitían.

Todo ello llevó a la autoridad de defensa de la competencia a entender que, para alguien que desee comprar o vender algún inmueble, le resulta indiferente si el intermediario tiene titulación oficial o no, pero si se advierte en un anuncio que hay que tener cuidado de a quién se acude porque los serios son unos determinados y los demás son intrusos, se produce una alteración del funcionamiento competitivo del mercado.

En otras ocasiones el falseamiento ha derivado de los medios empleados para restringir la competencia. Así se ve claramente en el Expte. 314/92, Repsol Butano, donde las implicadas son dos empresas competidoras en el sector de las instalaciones de gas butano, demandando una a la otra por las manifestaciones de ésta en la radio local, consistentes en avisos a los usuarios de que la empresa demandante no estaba autorizada a realizar cambios de las gomas flexibles de las instalaciones de gas butano.

Todo ello llevó al TDC a considerar que la publicación en un medio de comunicación con amplia difusión, como es una radio de ámbito local, otorgaba la nota necesaria para poder imputar un incumplimiento del entonces vigente artículo 7 LDC, ya que era una conducta capaz de alterar la libre competencia, falseándola sensiblemente.

Para finalizar con el estudio del segundo presupuesto exigido por el artículo 3 LDC, la doctrina discute al respecto sobre cuál debe ser la entidad del falseamiento, ya que, a diferencia de lo que sucedía en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, donde se incluía la nota «sensible» para precisar su alcance, en la actual LDC nada se concreta sobre su envergadura. Por el contrario, en una modificación llevada a cabo en el año 1999 de la Ley 16/1989, se exigió que la conducta desleal ocasionara una «distorsión grave» de las condiciones de la competencia en el mercado.

Vemos por lo tanto como en las anteriores redacciones de este ilícito sí que se precisaba algo más de lo que se hace ahora el alcance del falseamiento. En consecuencia, ante la falta de precisión clara sobre cuándo se está falseando la libre competencia, deberemos acudir una vez más a las distintas resoluciones de los órganos de defensa de la competencia, donde sí que se manifiestan al respecto.

En el ya estudiado Expte. S/0213/10 IBERDROLA SUR, el Consejo señala que fueron más de un millón de consumidores los afectados, por lo que considera obvio que hubo falseamiento, y además que era significativo.

En el mismo sentido encontramos el Expte. S/0151/08 La Sexta, por supuesta infracción del artículo 3 LDC²¹. En este caso la CNC desestimó tal pretensión, porque consideró que las conductas denunciadas no falseaban la libre competencia en el mercado de televisión, ya que la cuota de audiencia del programa denunciado no llegaba al 10% ni superaba los 1.200.00 telespectadores y la duración de las referencias a

²¹ TELECINCO denuncia a LA SEXTA en relación al programa «SE LO QUE HICISTEIS», por presunto aprovechamiento indebido del esfuerzo de las televisiones competidoras así como por el descrédito de TELECINCO y de su programación, incitando al no seguimiento de los programas de ésta televisión.

TELECINCO, de 15 minutos por programa, impedía que se pudiese dañar significativamente la imagen de esta cadena de televisión.

Un criterio cuantitativo fue también el que llevó al TDC a considerar que la conducta realizada por la empresa Freixenet había falseado la libre competencia, y había infringido el artículo 7 LDC. En esta ocasión el falseamiento derivó de la cantidad de botellas vendidas infringiendo la normativa.

La empresa dispuso para su venta como «CAVA», durante los años 1995 y 1996 la cantidad de 19.932.669 botellas de vino espumoso con un período de fermentación en botella inferior a los nueve meses, hecho prohibido por la regulación sectorial, lo que representó un 14% del total de botellas de cava vendidas en el mercado en dicho período, reduciendo sus costes financieros y aumentando su producción al reducir el tiempo necesario para la elaboración del cava, y obteniendo, en consecuencia, a juicio del TDC, una clara ventaja competitiva.

Cabría plantearse no obstante, si es necesario precisar la envergadura del falseamiento, ya que si el artículo 3 LDC exige que se produzca una afectación del interés público como tercer presupuesto, y esto nos introduce ya en el siguiente apartado, parece obvio que si se cumple este último requisito, se habrá falseado la libre competencia también.

4. AFECTACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO.

Siguiendo el orden establecido por el artículo 3 LDC, el tercer presupuesto del tipo infractor exige en último lugar que se produzca una afectación del interés público.

La Ley tampoco establece los criterios para saber cuándo se produce tal afectación, y ha sido el órgano estatal de defensa de la competencia quien ha tenido que delimitarlo. El estudio de sus resoluciones pone de manifiesto que entre los factores que se tienen en cuenta para concluir que existe una afectación del interés público, se encuentra la clase de bien o servicio afectado, el contenido y naturaleza de las conductas, la estructura del mercado o el contexto jurídico y económico en el que se llevan a cabo.

Así, en el Expte. S/0213/10 IBERDROLA SUR, la CNC establece que para valorar si se ha producido una afectación del interés público hay que tener en cuenta el contexto jurídico y económico, el colectivo al que se dirige la práctica, y el servicio afectado. La CNC consideró que la conducta había afectado el interés público, ya que se había producido en un momento de liberalización del mercado de comercialización de energía eléctrica. Los comercializadores libres podían competir por los consumidores que iban a ser suministrados y éstos tenían la posibilidad de encontrar mejores alternativas de suministro. Además, se refería a un servicio como el de la energía eléctrica, que satisface una necesidad básica de la población, por lo que se cumplía este presupuesto del tipo infractor.

En todas las resoluciones relativas a las conductas llevadas a cabo por los COAPI, el TDC consideró que la afectación del interés público derivaba del hecho de que las conductas habían sido realizadas por un colectivo integrado en un Colegio, que actuaba sobre el mercado de un bien de gran trascendencia social, como es la vivienda, y que tenía un volumen de negocios muy elevado (más de 5.000.000.000 de pesetas anuales, equivalente a 30.050.605,22 €). Además, al tratar de impedir por medios desleales la prestación de servicios por otros profesionales y poner en peligro las condiciones de competencia practicables en dicho mercado, no cabía sino considerar que el interés público se había visto afectado.

En el Expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento el demandado no fue un Colegio, sino una agencia inmobiliaria. Sin embargo los hechos acreditados fueron los mismos, consistieron en la publicación en un diario refiriéndose a la exclusividad de los API en la intermediación inmobiliaria. Puesto que los hechos tuvieron lugar en el año 2000, el Servicio de Defensa de la Competencia consideró que tales acciones provocaban una disminución de la confianza de los consumidores en detrimento de los profesionales que no tenían la titulación de API, lo cual producía un desvío significativo de clientela, hecho que no se habría producido sin los anuncios.

Se tuvo en cuenta para valorar si las conductas eran constitutivas de infracción que la cuota de mercado del periódico donde se había publicado el anuncio, «El Mundo. La Crónica de León», fue del 25'3% en dicho año, y la difusión media del diario fueron de 10.621 ejemplares. Además, el anuncio se insertó durante 19 días. De ahí que el TDC

concluyera que la difusión había sido de tal envergadura que hacía que la conducta fuese susceptible de afectar el interés público.

El interés público también se consideró afectado en el ya mencionado Expte. S/410/12, ASCENSORES-2. En esta ocasión la CNC entendió, dadas las especiales características de este mercado, altamente concentrado, y que las comunicaciones se enviaban habitualmente, afectando así a un número elevado de consumidores, que se producía un falseamiento de la competencia, y que se había afectado el interés público.

La clave en este expediente parece residir, por tanto, en las características del mercado, y es que entiende el Consejo que ante la difícil situación del acceso para los nuevos empresarios entrantes y la estabilidad de cuotas de los operadores instalados en el mercado, no se puede tolerar que se lleven a cabo acciones desleales para mantener su posición.

Además en las cartas y comunicaciones no proponían mejores condiciones en precios o servicio, sino que únicamente trasladaban al cliente una serie de informaciones negativas sobre el competidor, en ocasiones falsas. Por lo tanto su objetivo no era competir, si no controlar el mercado.

5. EXAMEN DE LA CONDUCTA PROHIBIDA POR LOS ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

En numerosas ocasiones los órganos de defensa de la competencia han afirmado que ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar inicialmente la concurrencia del presupuesto de la afectación del interés público²².

En el Expte. S/0458/13 ASCENSORES-3, la CNMC tuvo que pronunciarse acerca de unas prácticas supuestamente engañosas y denigratorias, que tendrían el objeto de restringir la competencia. La Dirección de Investigación del TDC entendió lo siguiente:

²² Así lo manifiesta la CNC en el Fundamento de Derecho 3º del Expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera.

«No existiendo indicios claros de actos de competencia desleal y, por tanto, no cumpliéndose el primer requisito establecido por el artículo 3 LDC, no cabría entrar a valorar la concurrencia del segundo, esto es, de la afectación al interés público»²³.

Vemos claramente en este caso que, a juicio de la Dirección de Investigación primero debe acreditarse la existencia de un acto de competencia desleal para posteriormente pasar a analizar la concurrencia de los demás presupuestos. Sin embargo, en la misma resolución, el Consejo, en el Fundamento de Derecho 2º, estableció que se debe analizar, en primer lugar, si en las conductas denunciadas y en los hechos descritos hay indicios de falseamiento de la competencia, pues de no haberlos, al margen de que exista o no infracción de alguno o algunos artículos de la LCD, procederá el archivo de las actuaciones.

En este caso el TDC rechazó todas las pretensiones de la parte actora, al no considerar que existiesen indicios suficientes para enjuiciar las conductas como actos de engaño, denigración o confusión.

En el mismo sentido encontramos la Resolución del Expte. S/0350/11, Asistencia en Carretera. Este expediente se inició con una denuncia presentada contra los servicios de asistencia en carretera por tener tarifas inferiores al coste medio del servicio, existiendo en consecuencia una presunta venta a pérdida. La Dirección de Investigación de la CNC concluyó que no existía infracción alguna, al no cumplirse ningún requisito para poder calificar la conducta como un acto de competencia desleal. En consecuencia, y esto es lo relevante, tampoco consideró necesario analizar la concurrencia de los otros presupuestos que exige el artículo 3 de la LDC.

El Consejo de la CNC manifestó, una vez más, que no compartía esta metodología de análisis sobre la concurrencia de los presupuestos de aplicación del artículo. Por ello, afirmó que la aplicación de la LCD correspondía a los Tribunales de Justicia, y la Autoridad de Competencia sólo estaba facultada para realizar el reproche de deslealtad competitiva cuando la conducta enjuiciada, dado el contexto jurídico y económico en el que se produjera, resultase apta para restringir el interés público.

²³ Expte. S/0458/13 ASCENSORES-3, Antecedente de Hecho 8º.

Por ello, afirmó que ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debía analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público. Si tras este análisis no se apreciaban indicios de que la conducta fuese apta para falsear la competencia efectiva, resultaría superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta.

En el mismo sentido, y ya para concluir, en el Expte. S/0483/13, TIB CHECMICALS, AG, vuelve a insistir la Dirección de la CNMC que al no haber indicios claros de actos de competencia desleal y, por tanto, no cumpliéndose este requisito previo establecido por el artículo 3 LDC, no cabría entrar a valorar la concurrencia del segundo.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INFRACCIÓN.

La infracción del artículo 3 LDC puede tener consecuencias jurídicas tanto en el ámbito administrativo, como en el civil.

En el plano administrativo debemos acudir al régimen sancionador que establece la LDC en los artículos 62 y 63. Según el artículo 62.3.b) LDC, el incumplimiento del artículo 3 LDC se considera una infracción grave, a diferencia de la de los artículos 1 y 2, que puede llegar a ser muy grave. Conforme al artículo 63 LDC, a las infracciones graves les corresponde una sanción de hasta el 5% del volumen total de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. En caso no ser posible delimitar el volumen de negocios, este artículo establece que la infracción será sancionada con una multa que oscilará entre 500.001 y 10 millones de euros.

Conviene mencionar, como ha destacado la doctrina²⁴ y la jurisprudencia²⁵, que para poder apreciar la responsabilidad en un ilícito administrativo debe concurrir el elemento intencional de la culpabilidad, ya que constituye el elemento de imputación subjetiva del ilícito, sin el cual no será posible la imposición de sanciones administrativas.

Sin embargo, no se considera que éste sea un requisito en sentido estricto como los tres presupuestos ya estudiados que exige el artículo 3 LDC, que se deben apreciar en una conducta de forma concurrente para que pueda ser catalogada como infracción. Por ello, puede existir un acto de competencia desleal que falsee la libre competencia y afecte al interés público, pero no medie culpabilidad, siendo calificada tal conducta como infracción del artículo 3 LDC. En este caso el órgano de defensa de la competencia ordenaría la cesación de la conducta, estableciendo en su caso una multa de carácter sancionador, pero en ningún caso se procederá a la imposición de sanciones económicas²⁶.

²⁴ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cívitas, Madrid, 2015, pag. 296 y 297.

²⁵ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 8 de mayo de 2008.

²⁶ En este sentido, *op cit*, pág. 296 y 297 y STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 8 de mayo de 2008.

Con relación a esta situación, cabe referirse al el recurso de casación número 5535/2005, interpuesto por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Navarra, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 6 de junio de 20005, en el recurso contencioso-administrativo número 549/2002, sobre expediente sancionador del Tribunal de Defensa de la Competencia 521/01, Agentes Propiedad Inmobiliaria.

Tanto la CNC como la Audiencia Nacional consideraron que el Colegio había infringido el artículo 3 LDC por unas declaraciones realizadas en «El Diario de Navarra» sobre la exclusividad y la reserva de funciones de intermediación inmobiliaria para los API titulados, menoscabando la credibilidad del resto de los profesionales sin titulación. Sin embargo, habiéndose recurrido la sentencia en casación, el TS afirmó el juzgador de instancia no había respetado el principio de culpabilidad garantizado en el artículo 25 de la Constitución española, que exige que la imposición de la sanción se sustente en la concurrencia de un elemento subjetivo de culpa, para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías²⁷.

En consecuencia, el TS estimó el recurso de casación interpuesto por el Colegio, y su vez concluyó estimando parcialmente el mencionado recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia en el Expte. 521/01.

En el ámbito civil, las consecuencias jurídicas derivadas de la infracción se traducen en la obligación del infractor de indemnizar los daños y perjuicios causados por su conducta. Cabría preguntarse entonces si la acción a ejercitar debe basarse en la LCD o en el artículo 3 LDC.

Parece obvio que si se produce un acto de competencia desleal éste puede ser enjuiciado al amparo de la LCD, pudiendo ejercitarse las acciones que esta Ley concede al sujeto pasivo del acto. No obstante también existe la posibilidad de articular

²⁷ Fundamento de Derecho Tercero, STS de 8 de mayo de 2008 (5535/2005).

una defensa a través del ejercicio de las acciones privadas previstas en caso de infracción del artículo 3 LDC.

La mencionada posibilidad se recoge expresamente en una Propuesta de Ley²⁸ elaborada en el seno de la Comisión General de Codificación, y con objeto de transponer la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014. Para ello se pretende incorporar la parte relativa a las normas sustantivas contenidas en la Directiva a la Ley de Defensa de la Competencia, añadiendo un nuevo Título en esta Ley, el VI, relativo a la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia.

En la Exposición de Motivos II de la Propuesta se indica expresamente que: «[...] se ha considerado conveniente extender la posible reclamación a los daños derivados de una infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, relativa al falseamiento de la libre competencia por actos desleales, precepto sin equivalente en la norma comunitaria, aunque los daños derivados de dichos actos de competencia desleal tengan también abierta una acción de daños propia en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal»²⁹.

²⁸ Propuesta de Ley de la Sección Especial para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea.

²⁹ Véase también la redacción que se propone del artículo 76.4, en el artículo Primero, Dos, de la Propuesta de Ley

V. CONCLUSIONES

Para concluir este estudio sobre el artículo 3 LDC, cabe subrayar un hecho que ya se ha puesto de manifiesto durante la realización del mismo, como es la aplicación limitada por parte de los órganos de defensa de la competencia de este ilícito.

Esto se debe a varios motivos. En primer lugar, a la existencia de otros medios jurídicos para reprimir los actos de competencia desleal y, en particular, la regulación específica contenida en la LCD. En segundo lugar, las conductas desleales comprendidas en el artículo han quedado subsumidas en numerosas ocasiones por el ilícito de abuso de posición dominante tipificado en el artículo 2 LDC.³⁰

No podemos obviar tampoco el hecho de que el legislador no ha favorecido la normal aplicación del precepto. La Ley no establece criterios claros para ello, al no precisar cuándo se está afectando el interés público, o cuál debe ser la envergadura del falseamiento de la libre competencia. Ha tenido que ser el órgano de defensa de la competencia quién ha tenido que explicar estos conceptos ante la falta de aclaración por parte del legislador.

Por todo ello, un sector doctrinal cuestiona la utilidad práctica del precepto y mantiene que resultaría suficiente la protección que otorga la LCD o con el propio artículo 2 LDC. Cabe mencionar en este sentido la opinión crítica del Profesor Díez Estella, quien afirma que: «[...] lo dispuesto en el artículo 3 de la LDC bajo la rúbrica “falseamiento de la competencia por actos desleales” es una redundancia de lo establecido en los artículos 1 y 2, y por tanto, si tenemos en cuenta la inaplicabilidad de este precepto [...] la mejor opción legislativa es la derogación del artículo 3 LDC».³¹

³⁰ Expte. 456/99, RETEVISION/TELEFÓNICA (Planes Claros) y Expte. 557/03, ASTEL/TELEFÓNICA.

³¹ Vid. DÍEZ ESTELLA, F., «El artículo 3 LDC: Falseamiento de la competencia por actos desleales», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, 2012, pág. 16.

Por el contrario, en contraposición a quienes abogan por la supresión del precepto, otro sector doctrinal entiende que el hecho de que el artículo añada la aplicación pública para la defensa de la libre competencia, cosa que la LCD no hace, es un hecho más que significativo a favor de mantener vigente este ilícito. Además, pese a su aplicabilidad limitada, el artículo 3 LDC ha sido utilizado para sancionar conductas realizadas en sectores importantes como es el caso del energético, el inmobiliario o el de las telecomunicaciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ALONSO SOTO, R., «Competencia desleal y defensa de la competencia en España», *Revista Información Comercial Española*, núm. 750, febrero 1996, pp. 1 a 9.

ALONSO SOTO, R., «El interés público en la Defensa de la Competencia», en *La Modernización del Derecho de Competencia*, Ed. Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005, pp. 1 y ss.

BELLO MARTÍN-CRESPO, M., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coors.), *Derecho de la libre Competencia Comunitario y Español*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 16ª edic., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

DÍEZ ESTELLA, F., «El artículo 3 LDC: Falseamiento de la competencia por actos desleales», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, 2012, pp. 1 y ss.

DÍEZ ESTELLA, F., «¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia», *La Ley*, núm. 6373, 2005, pp. 1 y ss.

DÍEZ ESTELLA, F., «Las complicadas relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal», *Gaceta Jurídica y de la Unión Europea*, núm. 213, 2001, pp. 1 y ss.

DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J. Mª. «La indispensable reforma del Derecho español de defensa de la competencia», XXV, *ADI* 2004-2005, pp. 379 a 390.

FOLGUERA CRESPO, J., «Las relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal. Falseamiento de la competencia por actos desleales», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 19, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, pp. 1 y ss.

FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

GARCÍA VILLARRUBIA, M., y MAGIDE HERRERO, M., «El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo; la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (asunto "Planes claros")», *Revista Derecho Mercantil*, núm. 261, 2006, pp. 1 y ss.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. (dir.), *Derecho Mercantil*, vol. I, 14ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2010.

MASSAGUER FUENTES, J., FOLGUERA CRESPO J., SALA ARQUEZ, J.M., GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª edic., Civitas, Madrid, 2015.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La Competencia Desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

MÉNENDEZ MÉNENDEZ, A., y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *Lecciones de Derecho Mercantil*, tomo I, 13ª edic., Civitas, Cizur Menor, 2015.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y URÍA GONZÁLEZ, R., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007.

MONTAÑÁ MORA, M., «Artículo 3: Falseamiento de la libre competencia por actos Desleales», en *Derecho Español de la Competencia*, Tomo I, Ed. Bosch, Madrid, 2008, pp. 1 y ss.

MONTAÑA MORA, M., «El discutido Art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia», en *La modernización del Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid 2005, pp. 1 a 23.

ORTIZ BLANCO, L., (dir.), *Manual de Derecho de la Competencia*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal (examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)*, La Ley, Madrid, 2001.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 37ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., *Introducción al Derecho Mercantil*, 2ª ed., Thomson Cívitas, Cizur Menor, 2007.

TRONCOSO REIGADA, M. «EL marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 1059 a 1072.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 23ª ed., Tirant Lo Blanch, 2012.

ANEXOS

Resumen de las resoluciones, en orden cronológico, del órgano estatal de defensa de la competencia, relativas a los actos desleales que falsean la libre competencia.

1. Expte. 314/92, Repsol Butano

HECHOS: La empresa "Gasur S.A." presentó en mayo de 1990 denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra las empresas "Labauria S.A.L." y "Gas Barria S.L." por la realización de supuestos hechos contrarios a la libre competencia consistentes en repartir, por las zonas de Vizcaya donde distribuían gas butano, unos impresos indicando no responsabilizarse de los cambios de gomas de las instalaciones de butano por empresas distintas de ellas.

Además, meses más tarde, en octubre del mismo año la empresa "Butaser S.L." también presentó denuncia contra las empresas "Butano Carrasco" y "Butano Comisa", por la realización de supuestos actos contrarios a la libre competencia consistentes en la publicación a través de radio, concretamente de la emisora "Radio Popular-Cadena COPE Lorca, de avisos a los usuarios en los que se decía no estar la empresa "Butaser" autorizada a realizar cambios de las gomas flexibles de las instalaciones de gas butano. Debido a la similitud de los dos casos, el Servicio acordó tramitarlos conjuntamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: El suministro e instalación de tubo flexible de conexión con los contenedores de butano para la utilización de ese gas no está únicamente atribuido a los concesionarios de Repsol-Butano como afirman las empresas demandadas.

Estamos por lo tanto ante afirmaciones falsas que constituyen un **acto de competencia desleal**, porque desacredita la actividad comercial de un competidor (art. 88.b Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas)

Además, la publicación por medio de amplia difusión como es una radio de ámbito local otorga la nota necesaria para que se pueda imputar a las empresas un incumplimiento del art. 7 LDC, ya que altera la libre competencia **falseándola sensiblemente** en ese mercado de instalación de tubo de goma flexible para las numerosas instalaciones.

A su vez, afecta también negativamente al **interés público** dificultar e impedir que las prestaciones de venta e instalación del dicho tubo flexible puedan hacerse en régimen de libre competencia.

2. Expte. 357/95 Expertos Inmobiliarios

HECHOS: En mayo de 1992 la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios (APEI) denuncia al Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España por acordar la realización de una publicidad engañosa y denigratoria para los demás profesionales del sector, con el fin último de proclamar la exclusividad de los API en dicho mercado.

Los anuncios alertan a todos los interesados de la dudosa gestión efectuada por determinadas empresas o particulares al carecer dichos operadores del correspondiente título o habilitación oficial, alertando además sobre la ilicitud de las actuaciones de determinadas empresas y operadores no API

FUNDAMENTOS DE DERECHO: El Servicio consideró al Consejo autor de una infracción del Art. 7 LDC en relación con los Arts. 7 y 9 LCD, como actos de engaño por cuanto dichas aseveraciones son parcialmente falsas, y de denigración puesto que pueden menoscabar el crédito de estos profesionales en el mercado de la mediación inmobiliaria.

Entendió que dichos actos suponían un falseamiento de la competencia en el mercado, al intentar eliminar por medios desleales al resto de los operadores y que dicha práctica era de dimensiones suficientes para haber alterado el orden público económico.

Por ello lo calificaron como una infracción del artículo 7 de la LDC, al **falsear de manera sensible** la libre competencia en el mercado descrito, y afectar al **interés público** al tratar de impedir, por medios desleales, la prestación de servicios por otros profesionales y poner en peligro las condiciones de competencia practicables en dicho mercado.

3. Exp. r 114/95 Enoquisa

Lo relevante de esta resolución no son los hechos ni fallo del Tribunal, si no lo que se dice en su Fundamento de Derecho Primero

“(...) ha de estimarse si la conducta desleal produce unos efectos gravemente perturbadores del funcionamiento del mercado.

Porque el art. 7, como viene repitiendo el Tribunal siempre que se le presenta la oportunidad de hacerlo, no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados. De esto se encarga la Ley de Competencia Desleal.

La Ley de Defensa de la Competencia es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado. Y como pudiera pensarse que la lealtad en la competencia es requisito de un normal funcionamiento del mercado, la Ley exige expresamente que la afectación sea sensible, esto es, que la conducta tengan entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado. La deslealtad que contempla el art, 7 es una deslealtad cualificada.”

4. Expte. 456/99, RETEVISIÓN/TELEFÓNICA (PLANES CLAROS)

HECHOS: La empresa RETEVISION, S.A. formula denuncia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en desarrollar una estrategia destinada a obstaculiza e impedir la entrada en el mercado y el establecimiento del nuevo operador RETEVISIÓN, mediante el desarrollo de una campaña publicitaria de unos planes de descuento no autorizados, con la finalidad de bloquear la contratación de servicios del nuevo operador. Así mismo, se había utilizado para el desarrollo de la campaña, información sobre la evolución de su competidor.

Todo ello constituía un posible abuso de posición de dominio prohibido por el artículo entonces vigente artículo 6 de la LDC, actual artículo 2.

Por otro lado TELEÓNICA desarrolló una campaña publicitaria engañosa al publicitar unos productos que no existían, que no habían sido aprobados ni fueron aprobados en los mismos términos de su inicial comercialización, lo que constituiría un posible **acto de competencia desleal** al que sería de aplicación la prohibición del artículo 7 de la LDC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: El mercado de las telecomunicaciones había venido experimentado en los últimos años un proceso de liberalización progresiva, culminando en 1998 con la apertura a la competencia del mercado de la telefonía básica, pasando de un monopolio a favor de Telefónica a una libre competencia.

Telefónica trató de lanzar, en septiembre de 1997, una serie de productos comercializados como los **Planes Personales**. Se trataba de productos basados en descuentos a determinados colectivos de usuarios para incentivar el consumo, y fueron paralizados rápidamente ante su carácter discriminatorio, al poder producir un efecto de fidelización en determinados grupos de clientes, estar ligados al consumo personal y por suponer una barrera a la entrada de nuevos operadores en el mercado, reforzando la posición de dominio de TELEFÓNICA

El 5 de febrero de 1998 Telefónica lanzó al mercado una campaña de publicidad anunciando una nueva oferta de productos denominados **Los Planes Claros**, que eran distintos paquetes de descuento sobre las llamadas a los números de teléfono que el cliente elegía.

Por todo ello, el Servicio entendió que se estaba cometiendo una infracción del artículo 6 LDC por parte de TELEFÓNICA, por concebir y desarrollar los planes de descuento, con la finalidad de bloquear la contratación de servicios y obstaculizar el asentamiento en el mercado del operador entrante en el mercado, es decir, RETEVISION, S.A ., así como de reforzar su posición de dominio en el mercado relevante .

Así mismo, y esto es lo que nos interesa, entendió que existía una infracción del **artículo 7 de la LDC** por parte de TELEFÓNICA, al desarrollar una campaña de publicidad engañosa, que ha falseado deliberadamente la competencia en el mercado.

El Tribunal considera esta **conducta desleal**, como objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe (artículo 1 LCD). Sin embargo, por su intención anticompetitiva y por su contenido desleal, la campaña constituyó un abuso de posición dominante

Sin embargo, tras todo ello el Tribunal entendió que los elementos desleales de la conducta al integrarse en la definición de una conducta abusiva concreta, no podían considerarse al mismo tiempo como infracción del artículo 7 LDC, subsumiéndose una vez más el ilícito desleal en la figura de abuso de posición dominante.

5. Expte. R 405/99 Caja España

HECHOS: En julio de 1999 D^a M^a Jesús Díez Rodríguez formuló denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra Caja España de Inversiones S.A por competencia desleal y otras conductas contrarias a la LDC.

Los hechos que motivaban la denuncia consistían en que la denunciante era titular, junto con sus padres, de una libreta de ahorros en la extinta Caja de Ahorros Popular de Valladolid. A través de la expresada libreta su padre percibía una pensión de la Seguridad Social. Su padre falleció, pero la Seguridad Social siguió ingresando la pensión de aquél, hasta que en mayo de 1993 reclamó a la entidad denunciada las pensiones indebidamente abonadas, que ascendían a la suma de 1.417.198 pesetas.

Tales cantidades fueron abonadas por Caja España, si bien 603.568 pesetas las obtuvo del saldo existente en la cuenta expresada de la denunciante, formulando demanda de menor cuantía contra la denunciante por el resto de la cantidad, que ascendía a la suma de 813.630 pesetas.

FUNDAMENTOS DE DERECHOS: Lo importante en esta resolución fueron las conclusiones a las que llegó el Tribunal de Defensa de la Competencia, que a la postre sentarían jurisprudencia. En concreto desestimo que las conductas descritas supusiesen prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia en los siguientes términos:

“La LDC garantiza la existencia de una competencia suficiente entre agentes económicos, caso en el que no se encuentra el aquí contemplado que, ni supone un ataque contrario al interés público económico ni tiene efectos sobre el funcionamiento económico del mercado”.

Por ello, al entender que no existía afección al interés público, en el Fundamento de Derecho Segundo el Tribunal se encargó de aclarar que en sucesivas alegaciones efectuadas por la recurrente, al existir un conflicto interpartes que sólo puede tener cobijo en el ámbito del Derecho privado, tal asunto debería ser resuelto por la Jurisdicción ordinaria.

6. Expte. R 435/00, Propiedad Inmobiliaria Toledo

HECHOS: En enero de 2000, se presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia por parte de la Asociación de Gestores Inmobiliarios y de Fincas (AGIF) contra el Consejo General de los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España y contra los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Badajoz, Barcelona, Guipúzcoa, Madrid, Murcia, Tarragona y Aragón y Soria.

La denunciante imputaba al Consejo y a los Colegios denunciados la práctica de conductas contrarias a la libre competencia, tipificadas en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber realizado campañas de prensa con contenidos falsos o denigratorios para los operadores que no ostentan el título de agente de la propiedad inmobiliaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Las prácticas denunciadas tuvieron una difusión generalizada, ya que el folleto que contenía las expresiones objeto del expediente fue repartido masivamente en los Salones Inmobiliarios de Madrid y Barcelona de 1999.

Esta resolución incluía alguna información relevante en su Fundamento de Derecho Segundo de cómo era considerado el art. 7 LDC entre los años 1999 y 2000: *“En efecto, 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”*

Finalmente se desestima el recurso por no encontrar el Servicio acto de competencia desleal alguno. Dice lo siguiente: *“Al no apreciarse que las conductas descritas se encuentren tipificadas en alguno de los supuestos de los artículos 5 a 17 de la Ley de Competencia Desleal, falta en los hechos denunciados el principal elemento calificador del tipo previsto en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que resulta irrelevante entrar a considerar si concurren los demás elementos precisos para la aplicación de éste, incluyendo si aquella conducta ha tenido o no una difusión generalizada, como alega la parte recurrente.”*

7. Expte. 485/00, Agentes Propiedad Murcia

HECHOS: D. Bernardo Hernández Bataller, en nombre y representación de la Asociación Española de Altos Estudios Inmobiliarios y Financieros (A.E.A.E.I.F.), formuló denuncia contra el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (API) de Murcia por supuestas conductas prohibidas por la LDC.

Durante el mes de abril de 1999 el Colegio denunciado difundió y publicó anuncios en los periódicos “La Verdad” y “La Opinión”, de gran difusión en la región de Murcia, desacreditando a los operadores no agentes de la propiedad inmobiliaria.

Entre sus declaraciones al periódico consideraban intrusos a aquellas personas que ejercían la intermediación inmobiliaria sin ser agentes de la propiedad inmobiliaria, afirmando que para operar en el mercado de las transacciones inmobiliarias hacía falta una titulación de grado medio y aprobar el examen, por lo que quienes no cumpliesen estos requisitos, incurrirían en un delito de usurpación de funciones

Colegio a los API, se atribuía por lo tanto las funciones de mediación inmobiliaria en exclusiva, con el objetivo de reducir su competencia, pero de una manera desleal, menoscabando el crédito del resto de profesionales no API que también pueden intervenir en una intermediación inmobiliaria, y distorsionando en consecuencia la libre competencia en el mercado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Los hechos relatados supondrían una infracción del antiguo artículo 7 de la ley 16/1989, de defensa de la competencia (LDC), vigente hasta el 1 de septiembre de 2007, y cuya redacción es similar al art. 3 de la actual ley 15/2007, de defensa de la competencia, pero no idéntico

Artículo 7. *Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.*

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias:

- a. Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.*
- b. Que esa grave distorsión afecte al interés público.*

2. Cuando, a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia, no concurran dichas circunstancias, procederá al archivo de las actuaciones.

El Servicio de Defensa de la Competencia, que es quien juzgaba en la fecha en que se presenta esta demanda, entiende que las declaraciones realizadas inducen a error y menoscaban el crédito de los competidores que no son API, con la intención de atraer clientes para obtener una ventaja concurrencial constituyendo, por tanto, **actos de**

competencia desleal contenidos en los artículos 7 y 9 de la ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD), es decir, actos de engaño y actos de denigración.

A su vez también se infringió la cláusula general de buena fe contenida en el actual art. 4 LDC.

Una vez determinado que el Colegio cometió actos desleales, se pasó a valorar si podían 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. El Servicio considera que la conducta del COAPI de Murcia **distorsiona gravemente la competencia**, al tratarse de un sector muy sensible a las ligeras variaciones de precio, que hace que los potenciales clientes se inclinen por unos u otros profesionales en función de unas ligeras variaciones de precios

Además, entienden que la difusión de las noticias periodísticas aparecidas en medios de comunicación de la Región de Murcia pueden trascender de ese ámbito territorial, haciendo posible su difusión por otros medios dada la similitud de actividades profesionales en todo el ámbito nacional. Al mismo tiempo las declaraciones se hacen en el período vacacional de Semana Santa, teniendo mayor transcendencia por el aumento de turistas que pueden leer la noticia.

Por tanto, finalmente se declara acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el art. 7 de la Ley 16/1989, al existir una conducta desleal se que afecta de manera sensible al funcionamiento competitivo del mercado, al intentar eliminar por medios desleales al resto de los operadores, y a su vez afecta con transcendencia al **interés público** dado que la realiza un colectivo integrado en un Colegio, que actúa sobre un mercado que, además de recaer sobre un bien económico de gran transcendencia social, como es la vivienda, tiene un volumen económico de más de 5.000.000.000 de las antiguas pesetas anuales.

8. Expte. 519/01 ASOC. ETI/COLEGIOS APIS

La Asociación Profesional de Expertos Técnicos Inmobiliarios (ETI) presentó denuncia contra los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid (COAPIM), de Badajoz (COAPIB) y otros operadores por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en la realización de publicidad engañosa y denigratoria a través de periódicos contra los demás profesionales del sector que no sean agentes de la propiedad inmobiliaria, con el objeto de eliminar del mercado a esos operadores y atribuirse en exclusiva las funciones de mediación inmobiliaria.

El Tribunal considera que el anuncio publicado por el COAPIB que contenía la frase “*el único profesional de la mediación inmobiliaria con titulación oficial, que le ofrece garantía en su tramitación*”, no puede considerarse un acto de engaño en el sentido del artículo 7 LDC, porque es cierto que los APIs disponen de un título oficial y, tal y como está redactada la frase, puede entenderse que la garantía publicitada se refiere a ese título.

Por el contrario, el Tribunal entiende que el anuncio publicado por el COAPIM en el “ABC Inmobiliario”, donde, entre otras cosas, indicaba que: “*Sólo los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria están legalmente reconocidos para asesorarle en ese momento tan importante de la adquisición de su nuevo hogar.*”, constituye un acto de publicidad engañosa por cuanto viene a atribuir a los APIs una exclusividad en la mediación inmobiliaria que no tienen. Esta conducta reúne, además, los restantes requisitos exigidos por el artículo 7 LDC, tanto por la naturaleza del medio empleado (en un periódico de considerable tirada) como por su finalidad (eliminar al competidor). Por todo ello declaró al Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid autor de una conducta contraria al art. 7 LDC.

COAPIM procedió a recurrir la resolución ante la sala de lo contencioso administrativo. Sin embargo, como ya venía reiterando el Tribunal en la jurisprudencia ya estudiada, al considerar que la publicación de anuncios aludiendo a una exclusividad legal inexistente supone la intención de excluir del mercado de los demás competidores en los términos previstos en el art. 7 de la LDC, por lo que procedió a desestimar el recurso interpuesto

A raíz de la desestimación, COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE MADRID interpone recurso de casación nº 7200/2005 ante el Tribunal Supremo. Este Tribunal estima parcialmente el recurso desestimado en vía contencioso administrativa, amparándose en la sentencia de 9 de marzo de 2005 del propio Tribunal Supremo, donde considera que ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para desarrollar la actividad de intermediación en el mercado inmobiliario, declarando que constituye una interpretación extensiva *in malam partem* del tipo del delito de intrusismo, que vulnera las garantías que se enuncian en el artículo 25.1 de la Constitución.

9. Expte. 521/01, Agentes Propiedad Inmobiliaria

HECHOS: La Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios (APEI) y la Asociación de Profesionales y Empresarios Gestores de la Propiedad Inmobiliaria (AEPI), formulan demanda ante el Servicio contra los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (COAPI) de Alicante, Baleares, Guipúzcoa, Vizcaya, Barcelona, La Coruña y Navarra, por supuestas conductas prohibidas por el artículo 7 LDC consistentes en haber realizado campañas de desprestigio contra sus competidores, en prensa y otros medios de comunicación.

El Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (COAPI) de **Baleares** tenía hasta Abril de 1999 una página Web: *“que el Agente de la Propiedad Inmobiliaria colegiado es el único profesional con titulación... facultado para mediar... en operaciones de compra-venta y arrendamientos.”*

“Tanto el Colegio Oficial de 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.”

En noviembre de 1999 El Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de **Vizcaya** publicó en el periódico “El Correo”: *“EL ÚNICO TÍTULO OFICIAL EXISTENTE EN LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA ES EL DE LOS AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA”*

En octubre y el noviembre de 1999, el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de **Barcelona** publicó en los periódicos “La Vanguardia” y “El Periódico” anuncios que contenían afirmaciones tales como: *“El único colectivo de profesionales debidamente acreditados con Título Oficial expedido por el Ministerio de Fomento para ejercer la actividad profesional de mediación en transacciones inmobiliarias”*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Las citadas infracciones vendrían derivadas de las declaraciones contenidas en las páginas Web y en los periódicos “El Correo”, “La Vanguardia”, “El Periódico”, “El Ideal Gallego” y “El Diario de Navarra”, sobre la exclusividad o la reserva de funciones para quienes tengan el título API, que menoscabarían la credibilidad del resto de los profesionales no API.

Dichos comportamientos suponían un **acto de engaño** y **acto de denigración** encuadrable en los arts. 7 y 9 de la Ley de Competencia Desleal (LCD).

Hay que tener en cuenta que el sector inmobiliario es muy sensible a las variaciones de precios, debido a la gran sustituibilidad entre los profesionales que ofrecen sus servicios. Esto se traduce en una **alteración significativa** del funcionamiento competitivo del mercado de prestación de servicios de intermediación inmobiliaria y afectan al **interés público** al tratar de impedir por medios desleales, la prestación de

servicios por otros profesionales, poniendo en peligro las condiciones de la competencia en dicho mercado.

El tribunal entiende que para alguien que desee comprar o vender algún inmueble, le resulta indiferente si el intermediario tiene titulación oficial o no, pero si se advierte en un anuncio que hay que tener cuidado de a quién se acude porque los serios son unos determinados y los demás son intrusos, se produce una alteración del funcionamiento competitivo del mercado.

En conclusión, el Tribunal entendió que las expresiones falsas sobre la exclusividad o la reserva de funciones para quienes tengan el título de API, menoscababan el crédito de los competidores no API, siendo susceptible de producir una desviación de clientela hacia los API, que sin esas actuaciones no se produciría. Por todo ello entendió que existía una infracción del artículo 7 de la LDC.

10. Expte. 529/01. Administradores de Fincas

HECHOS: En noviembre de 2000 la Asociación de Gestores Inmobiliarios y de Fincas (AGIF) denuncia a los COLEGIOS TERRITORIALES DE ADMINISTRADORES DE FINCAS de Cataluña, Alicante, Aragón, La Rioja y Soria, Barcelona, Extremadura, Murcia, Madrid, Guipúzcoa y Álava, Vizcaya, Sevilla, Huelva, Las Palmas, Ávila y Galicia, por presuntas prácticas consistentes en la realización de una publicidad engañosa y denigratoria para los demás profesionales del sector no colegiados, lo cual constituiría un ilícito del art. 7 LDC.

Las afirmaciones que publicaron los Colegios en diarios como “La Vanguardia”, “El Periódico”, “El Heraldo de Aragón”, o “Llaves Mano” eran algunas como:

“Únicamente están facultados para administrar inmuebles de manera profesional los Administradores de Fincas que estén Colegiados.”

“EL ADMINISTRADOR DE FINCAS COLEGIADO es un Profesional Libre e Independiente, a quien corresponde de forma exclusiva la Administración de Propiedades Rústicas y Urbanas.”

“Así mismo se advierte que este colegio iniciará las acciones legales oportunas, penales y civiles, contra todas aquellas personas que ejerzan la actividad de administración de fincas sin estar colegiados.”

FUNDAMENTOS DE DERECHOS: A la vista de los hechos expuestos, el Tribunal entendió la existencia de un comportamiento desleal consistente en la publicación de anuncios y publi-reportajes insertados en prensa de amplia difusión en sus respectivas regiones, con expresiones acerca de la exclusividad o reservas de funciones para quienes tengan el título de Administrador de Fincas y la incapacidad profesional e intrusismo de ciertos profesionales no administradores de fincas colegiados.

Puesto que dichas aseveraciones eran falsas y podían menoscabar el crédito de éstos profesionales en el mercado de la administración o gestión de fincas urbanas, las conductas fueron catalogadas como **actos de engaño y actos de denigración** tipificados en los arts. 7 y 9 de la Ley 3/1.991 de Competencia Desleal, de 10 de Enero.

Además se entendió que suponían un **falseamiento de la competencia en el mercado**, al intentar eliminar por medios desleales al resto de los operadores y que dicha práctica es de dimensiones suficientes para afectar al **interés público** al tratar de impedir la prestación de servicios por otros profesionales y poner en peligro las condiciones de competencia practicables en dicho mercado.

Constituyen, por tanto, una infracción del artículo 7 de la LDC.

11. Expte. 535/02, Eléctrica Eriste

HECHOS: En octubre de 1997 tuvo entrada en el Servicio escrito presentado por D. Juan Carlos Pérez Arcas, en nombre y representación de la entidad ELÉCTRICA DE ERISTE S.L., en el que denunciaba al AYUNTAMIENTO DE BENASQUE por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, presuntamente incursas en las prohibiciones de la LDC.

Las entidades Eléctrica de Eriste S.L. y el Ayuntamiento de Benasque venían ejerciendo de manera concurrencial la actividad de distribución de electricidad en zonas fronterizas dentro de la provincia de Huesca. Cuando se inició la urbanización del área denominada ÁREA FLUVIAL-2 en el municipio de Benasque, ambas empresas pretendían obtener la concesión del servicio de distribución de electricidad.

La empresa Eléctrica de Eriste cumplió el requisito de presentación de oferta el 19 de julio de 1997 y la empresa municipal, el Ayuntamiento de Benasque, no lo hizo, sólo presentó en dicho plazo el proyecto técnico, presentando un mes más tarde una oferta verbal, que igualaba la previamente presentada por su única competidora.

Finalmente la Junta decidió, dada la mayor capacidad técnica de la empresa municipal, encargar a la empresa del Ayuntamiento la instalación de la red de suministro de la energía eléctrica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: El tribunal de Defensa de la competencia declaró que la actuación del Ayuntamiento de Benasque consistente en la presentación de su oferta económica de forma verbal y fuera de plazo, una vez conocida la de su único competidor, Eléctrica de Eriste, constituía una práctica prohibida por el artículo 7 de la LDC.

En los arts. 14 y 39 LOSEN aparece regulada la obligación de los Ayuntamientos de proceder a **constituirse en sociedades mercantiles** para el desarrollo de las actividades de distribución de energía eléctrica, lo que supone una obligación de separación jurídica de las actividades de generación y distribución de electricidad. Para ello debería haberse constituido en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil en el plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor de la LOSEN (1 de junio de 1995), y la inscripción tuvo lugar el 18 de diciembre de 1998.

Estamos en consecuencia ante un acto desleal prohibido por el artículo 15.2 LCD (**violación de normas**) y que, al distorsionar las condiciones de competencia en el mercado de distribución eléctrica de la zona de Benasque, podría ser perseguible al amparo del artículo 7 de la LDC.

Dicha infracción supuso una **ventaja** que permitió mejorar la posición competitiva del Ayuntamiento frente a la de Eléctrica de Eriste, ya que la ventaja fiscal supuso un total de 18.834.861 pts, una ventaja significativa porque dicho importe le permitía reducir o igualar con ventaja el precio de su oferta.

Además quedó probado que el Ayuntamiento de Benasque había utilizado su participación en la Junta para no presentar su oferta económica por escrito, esperando a conocer la de su competidor para realizar la suya verbalmente y fuera del plazo establecido. Dicho comportamiento ha de calificarse como desleal y contrario a la **buena fe**.

Una vez probado que existió un acto de competencia desleal, el Tribunal pasó a valorar si se cumplían los otros dos requisitos necesarios para considerarlo una violación del art. 7 LDC, que tenga entidad suficiente para distorsionar de manera grave el funcionamiento competitivo del mercado y que esa grave distorsión afecte al interés público.

El **interés público** consiste en este caso en el mantenimiento de un mercado, el de la distribución de electricidad, para que funcione de acuerdo con criterios competitivos, es decir, que aquellas empresas mejor dotadas para ofrecer un servicio de calidad a un menor coste sean las que se encarguen de prestarlo. El hecho de que la entidad denunciada se haya beneficiado de sus privilegios como Administración Pública y de la ventaja que le reporta el incumplimiento de la normativa legal para desplazar a su único competidor, produce una **distorsión suficientemente grave** por su gran incidencia en dicho mercado como para entender que está incluida en las conductas prohibidas por el artículo 7 LDC.

Por todo ello, el Tribunal declaró la existencia de una práctica incurso en la prohibición del art. 7 LDC.

12. Expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento

HECHOS: Esta resolución tiene su origen en la denuncia que la Asociación Española de Altos Estudios Inmobiliarios y Financieros (A.E.A.E.I.F) formuló contra el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de León (COAPI) por conductas supuestamente prohibidas por el artículo 7 de la Ley 16/1989, del 7 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la realización de una campaña de desprestigio contra sus competidores, mediante la publicación de un anuncio en el periódico "El Mundo. La Crónica de León" referido a la exclusividad de los APIs en la intermediación inmobiliaria y en detrimento de los demás agentes inmobiliarios no APIs.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Ante tal denuncia, COAPI alega que no habían sido ellos los responsables de tales afirmaciones, ya que el anuncio aportado por la denunciante, objeto de la citada denuncia, se insertó por la Agencia "EUROHOGAR". Tras la oportuna investigación realizada por el Servicio quedó demostrado que fue autoría de EUROHOGAR SARMIENTO, que es quien hizo efectivo el pago correspondiente del anuncio. En consecuencia se acordó el sobreseimiento del expediente en cuanto a la responsabilidad del Colegio de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de León y se tramita expediente sancionador contra la Agencia Inmobiliaria EUROHOGAR SARMIENTO.

La Dirección en su informe concluyó que la campaña de desprestigio llevada a cabo por parte de la agencia EUROHOGAR SARMIENTO, constituía un acto desleal por menoscabar el crédito del resto de profesionales no API, que también pueden intervenir en una intermediación inmobiliaria, siendo, por ello, susceptibles de producir una desviación de clientela hacia los API en la provincia de León. Se distorsiona así la libre competencia en el mercado de los servicios de intermediación inmobiliaria en dicha región, por lo que constituyen una infracción del artículo 7 de la LDC.

Las afirmaciones eran las siguientes: *“En España, solamente están facultados para mediar en las transacciones inmobiliarias LOS AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA COLEGIADOS.*

Incurrirán en ILÍCITO ADMINISTRATIVO quienes ejercieron tal mediación sin poseer el Título Oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

No pague honorarios o comisiones a personas sin titulación oficial. No confíe una operación inmobiliaria a quién esté fuera de la Ley.”

Además, según destaca el Servicio, la gran sustituibilidad entre profesionales que existe en el mercado de la intermediación inmobiliaria implica que estas campañas son capaces de alterar significativamente el funcionamiento competitivo de este mercado, afectando al interés público al poner en peligro las condiciones de competencia.

Estas acciones favorecen la disminución de la confianza de los consumidores en los profesiones no API, lo cual produce un desvío significativo de clientela en detrimento de estos último, hecho que sin los anuncios no se habría producido.

El Servicio considera que la conducta de Eurohogar Sarmiento distorsiona gravemente la competencia al tratarse de un sector sensible a las ligeras variaciones de precio, debido a la fácil sustituibilidad entre los profesionales que ofertan sus servicios,

Partiendo del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia, no se puede impedir ni coartar el ejercicio de la actividad de mediación inmobiliaria a otros profesionales que, aunque no son API, pueden desarrollar dicha actividad coincidente con la suya.

Por todo ello, declara que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el art. 7 de la Ley 16/1989

13. Expte. 560/03 FREIXENET

HECHOS: En mayo de 1996 tienen entrada en el Servicio sendos escritos de denuncia de CODORNÍU y de Robert J. Mur S.A. contra FREIXENET por conductas supuestamente falseadoras de la competencia por actos desleales y abusivas de posición de dominio, prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en violar las normas reguladoras del cava (relativas a producción, embotellado, etiquetado y comercialización), engañar a los consumidores y explotar en beneficio propio la reputación ajena

FUNDAMENTOS DE DERECHO: El Instructor dicta, de conformidad con el Director del Servicio, que se declare a Freixenet S.A. autora de una infracción del artículo 7 de la LDC por haber elaborado cava con un período inferior a los nueve meses.

FREIXENET dispuso para su venta como “CAVA”, durante los años 1995 y 1996 la cantidad de 19.932.669 botellas de vino espumoso con un período de fermentación en botella inferior a los nueve meses que, para poder usar tal nombre, prescribe el art. 12 del Reglamento de Denominación de Origen Cava. Para poder aplicar el artículo 7 LDC, resultaba necesario el concurso de los tres siguientes elementos en la conducta probada:

1) Que constituya competencia desleal: En este caso existe un **acto de engaño**, tipificado en el art. 7 LCD, por la venta como “CAVA” de botellas de vino espumoso que no hayan cumplido el requisito de nueve meses de fermentación en botella exigido reglamentariamente.

Además, al incumplir el art. 12 del Reglamento, se está llevando a cabo una **violación de normas**, tipificado como una conducta desleal según el art. 15 LCD, obteniendo una ventaja competitiva, ya que ha afectado a casi 20 millones de botellas, lo que representa un 14 % del total de botellas de cava vendidas en el mercado en el período de autos, reduciendo sus costes financieros y aumentando su producción al reducir el tiempo necesario para la elaboración del cava.

2) Que pueda producir falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional: 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 (3)

14. Expte. 557/03, Astel/Telefónica

En esta resolución se acaba resolviendo que existe una conducta restrictiva de la competencia por parte de TELEFONICA DE ESPAÑA SAU, prohibida por el Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, consistente en un **abuso de posición dominante**, al vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos y realizar campañas desleales de publicidad que producen confusión en el usuario y denigran a los competidores.

Sin embargo, lo **relevante** de la resolución es ver como en determinadas ocasiones entra en concurso el art. 6 y el 7, que es el que nos interesa, y no se sabe muy bien cual de los dos aplicar. No se produce entonces un doble reproche antitrust y desleal, sino que el ilícito desleal se subsume en la figura de abuso de posición dominante.

El Servicio entendió que una conducta desleal atentatoria contra el interés público, realizada por una empresa dominante para expulsar del mercado a un competidor, constituye un comportamiento abusivo realizado desde posición dominante. Consideró que Telefónica había abusado de su posición dominante por medio de conductas desleales y la sancionó por violación del art. 6 LDC, en vez de por infracción del art. 7.

Así lo podemos ver en el siguiente párrafo transcrito de resolución: *“Las conductas empresariales han sido de un tenor denigratorio hacia y por y para sus competidores, generadoras de confusión y distorsión del mercado, a nivel empresario y usuario, por lo que ha vulnerado la norma del Artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, por subsunción en el anterior Artículo 6 al venir realizada desde el imperio de ser operador dominante, afectatoria de una correcta y ordenada funcionalidad de preasignaciones.”*

15. Expte. S/0151/08 La Sexta

HECHOS: TELECINCO S.A. denuncia a LA SEXTA S.A. en relación al programa “SE LO QUE HICISTEIS”, por infracción, según la denunciante, del art. 3 LDC por los siguientes motivos:

- aprovechamiento indebido del esfuerzo de las televisiones competidoras así como de la reputación de estas.
- descrédito de TELECINCO y de su programación, incitando al no seguimiento de los programas de ésta televisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: A juicio de la denunciante, esta conducta infringe los artículos 5, 9, 11 y 12 de la Ley de Competencia Desleal y afecta al interés público, por lo que también supone una infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Sin embargo ante esta denuncia, tanto la DI como el Consejo consideraron que los elementos que constaban en la denuncia no permitían afirmar la existencia o no de un aprovechamiento indebido del esfuerzo de las televisiones competidoras ni un descrédito de la denunciante y de su programación entre la audiencia.

Además, en relación con el art. 3 LDC, la DI considera que las conductas denunciadas no falsean la libre competencia en el mercado de televisión en abierto ni afectan al interés público, porque la cuota de audiencia del programa denunciado, SLQH, no llega al 10% ni supera 1.200.00 telespectadores y la duración de las referencias a TELECINCO, de 15 minutos por programa, lo que impide que pueda dañar significativamente la imagen de TELECINCO, ni tampoco afectar al interés público.

16. Expte. S/0184/09 GAS NATURAL

HECHOS: IBERDROLA denuncia a GAS NATURAL ante la Comisión Nacional de la Competencia por una conducta de **abuso de posición de dominio** por la negativa de esta última a tramitar las solicitudes de cambio de suministrador presentadas por IBERDROLA en las que la conformidad del cliente se había producido telefónicamente. Se denunciaba también la realización, por parte de GAS NATURAL de una campaña de comunicación masiva a clientes, que contenía información engañosa y denigratoria para el resto de competidores en el mercado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Los hechos descritos supondrían una infracción de los artículos 2 y 3 de la LDC y 102 del TFUE. Centrándonos en el art. 3, la infracción se debió a que GAS NATURAL COMERCIAL realizó una campaña de comunicación a sus clientes, alertándoles sobre las prácticas llevadas a cabo por agentes comerciales ajenos a la compañía, entre el 15 de mayo y el 15 de septiembre de 2009.

El número total de envíos fue de aproximadamente 5 millones, y el contenido de las cartas incluía frases tales como: “agentes comerciales no pertenecientes a GAS NATURAL”, “comerciales, utilizando nuestro nombre o el de otras compañías energéticas” que “ofrecen cambiar de compañía comercializadora de gas”

La Dirección de Investigación entiende que con estas afirmaciones, se está refiriendo a visitas efectuadas por agentes pertenecientes a compañías energéticas de la competencia, que han optado por realizar campañas de captación de nuevos clientes mediante visitas domiciliarias. Es decir, estaría haciendo una clara alusión a un competidor, con el que establece comparación consigo misma (**acto de comparación art. 10 LCD**)

Otros términos de la carta empleados por GAS NATURAL COMERCIAL para referirse a estas campañas, como son “cierto malestar”, “visita inesperada”, “inconvenientes que puedan causarle”, “condiciones aparentemente más ventajosas”, expresiones que llevan aparejadas un connotación negativa, con el objetivo de descalificar a sus competidores, menoscabando su crédito. (**acto de denigración art. 9 LCD**)

Así mismo, al hacer hincapié en los peligros que implicaría cambiar a otra compañía suministradora diferente a GAS NATURAL, se estaría influyendo indebidamente sobre los consumidores ya que se les estaría transmitiendo una información engañosa, obstaculizando la liberalización efectiva de la actividad de suministro de gas, lo cual supondría un **acto de engaño (art. 5 LCD)**

La Dirección de Investigación valora que la carta enviada apela al temor de los clientes a ser engañados con ocasión de la apertura del mercado y transmite un mensaje claramente peyorativo en relación con la facilidad de cambio de suministrador de gas lograda con liberalización del mercado. Por ello se está **afectando al interés público** en

la liberalización de un servicio básico para una gran parte de la población española, afectando al comportamiento económico de los consumidores receptores de la comunicación.

Además, por las circunstancias precedentes y por el carácter masivo de las cartas remitidas, se puede afirmar que se trata de una conducta de competencia desleal objetivamente apta para **falsear o distorsionar gravemente la libre competencia**, cumpliendo por lo tanto el último requisito necesario para enjuiciar la conducta como una infracción del art. 3 LDC.

En conclusión, por su contenido desleal (afecta todos los competidores presentes y futuros), por su millonario alcance (más de cinco millones de clientes); por sus destinatarios (práctica totalidad de los consumidores domésticos y pymes) constituye una conducta de las tipificadas en el artículo 3 de la LDC.

17. Expte. S/0213/10 IBERDROLA SUR

HECHOS: El 23 de diciembre de 2009, Gas Natural Servicios SDG, S.A. y Unión Fenosa Comercial, S.L. presenta denuncia ante la Comisión Nacional de la Competencia contra Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U. (en adelante, IBERCUR), Iberdrola, S.A. (en adelante, IBERDROLA) e Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A. (en adelante, IBERDROLA DISTRIBUCIÓN) por el **traspaso de contratos** desde la comercializadora de último recurso hasta la comercializadora en mercado libre, sin recabar el consentimiento expreso del consumidor, incoando por ello la DI expediente sancionador.

La **tarifa de último recurso** es una tarifa del suministro eléctrico fijada por el Gobierno de España sobre el precio de la electricidad, que reemplazó a la Tarifa Integral debido al proceso de liberalización de la energía promovido por la Unión Europea. Esta tarifa debe ser ofrecida por las compañías comercializadoras de último recurso, que a su vez deben ser distintas de la compañía distribuidora que cubra esa zona.

IBERCUR e IBERDROLA remitieron cartas a los consumidores que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, estaban siendo suministrados transitoriamente por IBERCUR, lo cual supondría una infracción de la esencial propia de esta tarifa, que es que se tiene que ofrecer a los clientes que tengan derecho a la tarifa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Esto supone una vulneración de la normativa sectorial, concretamente la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009, y así lo determina la DI y el Consejo. De hecho IBERDROLA reconoce que no solicitó el consentimiento expreso de los consumidores en todos los cambios de suministrador llevados a cabo.

Conformidad del cliente al cambio de suministrador.

Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo.

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

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad.

Por ello, la DI solicita que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 de la Ley 15/2007 por parte de IBERDROLA, IBERCUR e IBERDROLA GENERACIÓN, al existir una conducta desleal de acuerdo con el artículo 15.2 de la

LCD (**violación de normas**) y que, por otro, su afectación al interés público, legitima el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la CNC.

IBERDROLA reconoce que no existe tal consentimiento por parte de los consumidores, pero que existe una **subrogación parcial**, es decir, la asunción de todos los derechos y obligaciones por parte de la empresa receptora. Sin embargo ello supondría la identidad del servicio prestado en todas sus condiciones, y un comercializador de último recurso y un comercializador libre no proporcionan el mismo servicio. Este es el principal argumento que esgrime la CNE para denegar la subrogación parcial, afirmando que en este caso se requería la conformidad expresa de los clientes.

Una vez acreditado que la conducta supone una infracción de norma, para imputarlo como un **acto desleal**, la valoración de la acción hay que realizarla bajo el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal. Entrando a valorar si a su vez infringe el art. 3 LDC, hay que estudiar si se cumplen los requisitos necesarios para ello.

El primero de ellos es la **afección al interés público**, para lo que hay que tener en cuenta el contexto jurídico y económico, el colectivo al que se dirige, y el servicio afectado. En este caso parece claro que la conducta realmente afecta al interés público, ya que se produce en el momento en que la liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad iba a desplegar todos sus efectos. Los comercializadores libres podían competir por los consumidores que iban a ser suministrados y éstos tenían la posibilidad de encontrar mejores alternativas de suministro.

Además, teniendo en cuenta el sector afectado, que es la energía eléctrica, una necesidad básica, parece obvio que se da tal afección del interés público.

Por último, hay que analizar el requisito que implica que el acto desleal **falsee significativamente** la competencia. Fueron más de un millón de consumidores los afectados, por lo que es obvio que hubo significatividad.

Por todo ello el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia declaró acreditada la infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que son responsables IBERDROLA, S.A., IBERDROLA CUR, S.A.U. e IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U.

18. Expte. S/0304/10 ENDESA

HECHOS: La Comisión Nacional de Energía (CNE) remitió un informe a la DI, cuyo objeto era analizar las causas que estaban provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador libre, de donde se dilucidó que ENDESA ENERGÍA XXI, S.L. (en adelante, ENDESA), habría estado transformando, sin recabar previamente el consentimiento expreso, la situación contractual de determinados clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, aplicándoles unas condiciones contractuales para el suministro de electricidad diferentes a las que corresponderían según el artículo 3.2 del RD 485/2009, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, lo cual supondría una posible vulneración del artículo 3 de la LDC.

En otras palabras, ENDESA lleva a cabo una modificación contractual, que deriva en un cambio de suministro al mercado libre, para lo cual deberían haber requerido el consentimiento previo de los clientes, y no lo hacen. Por ello, consumidores sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, estaban siendo suministrados transitoriamente por la comercializadora de último recurso.

El antecedente inmediato de este expediente es la denuncia presentada por parte de Gas Natural contra Iberdrola por hechos similares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Artículo 3.2 del RD 485/2009: **Derechos y obligaciones de los comercializadores de último recurso.**

Adicionalmente, el comercializador de último recurso perteneciente al grupo empresarial propietario de la red en una zona de distribución deberá atender el suministro de aquellos consumidores que, sin tener derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, transitoriamente carezcan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad. En el caso de que el consumidor pertenezca a una zona de distribución donde no exista comercializador de último recurso perteneciente al grupo empresarial propietario de la red, el comercializador de último recurso será el perteneciente al grupo empresarial propietario de la red al que esté conectada su zona de distribución.

El precio que deberán pagar estos clientes por la electricidad consumida durante el periodo en el que carezcan de un contrato en vigor con un comercializador será fijado por orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Este precio evolucionará en el tiempo de forma que incentive a la firma del correspondiente contrato.

Respecto a la Orden ITC/1659/2009, cuyo incumplimiento se reconocen en el expediente ya estudiado de Iberdrola, en concreto su DA 1ª, en este caso sí que se notifica a los consumidores, pero no se espera a que den su consentimiento. Este es el asunto que trata de dilucidar por lo tanto la DI, si es suficiente la previa notificación al

consumidor, o si, por el contrario, es exigible el consentimiento expreso a que se refiere la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009.

A este respecto la DI concluye que, al producirse una modificación en el tipo de suministro, aunque no se haya producido un cambio en la persona jurídica del suministrador, debe exigirse el consentimiento expreso del cliente.

En consecuencia, la conducta supuso un **acto desleal** contenido en el art. 15.2 LDC, consistente en una violación de normas. A continuación la DI se planteó si como consecuencia de dicha infracción se había producido un falseamiento de la libre competencia en el mercado y, finalmente, si la conducta afectó al interés público garantizado por la LDC.

Los actos desleales **falsean la libre competencia** cuando afectan a la capacidad de competir de otras empresas o alteran el funcionamiento del mercado limitando dicha capacidad, y en este caso tanto el Consejo como la DI coincidieron en que se producía tal falseamiento en la conducta por varios motivos;

En primer, lugar el resto de comercializadoras se vio en desventaja para atraer a estos consumidores sin derecho a TUR a su cartera de clientes del mercado libre, ya que no es comparable el grado de información de que dispone ENDESA sobre estos clientes con el que pueden obtener los competidores.

Además es una conducta que atenta contra la apertura del mercado, contra la igualdad de condiciones de todos los operadores en el mismo y contra el principio de libre elección del consumidor.

ENDESA alega que solo afectó a un 1,1% del total de la demanda eléctrica, lo cual lo considera algo insignificante que debería ser considerado una conducta de menor importancia del art. 5 LDC. Sin embargo esto se traduce en más de trescientos mil clientes afectados, consumidores domésticos y PYMES, siendo por lo tanto, a juicio del Consejo y de la DI, susceptible de tener un impacto sensible sobre la competencia.

Por último, se trata de una conducta que afecta a la comercialización de un bien esencial, el sector eléctrico, algo imprescindible para los consumidores, y por lo tanto **afecta al interés público**, cumpliendo el último requisito para que la conducta pueda ser considerada una vulneración del art. 3 LDC. Además se ha producido en un momento de liberalización del mercado de comercialización de energía eléctrica.

19. Expte. S/0299/10, Consejo Colegios Odontólogos y Estomatólogos

Tal y como se desprende del Fundamento de Derecho Quinto de este expediente, el artículo 3 se presenta por parte de la jurisprudencia y la doctrina como un precepto de cierre del sistema de los artículos 1 y 2 de la LDC, esto es en tanto en cuanto su ámbito de aplicación se ciñe a las conductas que, afectando significativamente a la competencia, no tienen cabida ni en el artículo 1 LDC porque falta el requisito de pluralidad de voluntades, ni tampoco en el ámbito de la prohibición de abuso de posición dominante del artículo 2 LCD, por carecer la empresa autora de posición dominante en el mercado. (Expte. SA MAD/14/11 CLUBES DEPORTIVOS VALDEMORO Y CANTOBLANCO).

En el expediente, la DI considera que el Consejo General de Odontólogos ha incurrido en actos desleales de confusión y engaño mediante una campaña publicitaria con difusión en múltiples medios, con el fin de limitar la libertad de elección de los consumidores a la hora de seleccionar un protésico dental, por lo que solicita que se declare la existencia de una conducta prohibida por el artículo 3 de la Ley 15/2007.

En este caso la esta Sala no aprecia que los actos constituyan una infracción autónoma del artículo 3 de la LDC, sino que son parte indisoluble de la conducta analizada y que se ha calificado como infracción del artículo 1 de la LDC, por limitar e impedir a los pacientes la libre elección de profesional sanitario protésico dental y por la elaboración de tarifas orientativas de precios y honorarios.

20. Expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera

HECHOS: Con fecha 23 de marzo de 2009 la Dirección de Investigación (en adelante DI) recibió un escrito de la Asociación Empresarial de la Comunidad Valenciana de Asistencia en Carretera (en adelante AECVAC), donde solicitaba investigar la venta a pérdida en el sector de asistencia en carretera como posible **práctica restrictiva de la competencia**.

Además, con fecha 29 de mayo de 2009, la DI recibió otro escrito de AECVAC adjuntando una carta que el RACC remitía a ASISTENCIA LEYRE SL, que evidenciaría, según ésta última, la clara **imposición unilateral de tarifas** no equitativas por parte del REAL AUTOMOVIL CLUB DE CATALUÑA (RACC) sobre el sector de asistencia y auxilio en carretera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: De todos estas supuestas infracciones del art. 3 LDC se ocupó el FD 3º de la resolución, donde la DI analizó las manifestaciones de los proveedores de servicios de asistencia en carretera de que las tarifas de determinadas aseguradoras, por considerarlos éstos inferiores al coste medio del servicio, existiendo en consecuencia una **venta a pérdida**, considerada un acto de competencia desleal en determinados supuestos, no en todos (art. 17.2 LCD).

Sin embargo lo realmente **importante** en esta resolución no es si se cometió una infracción o no del art. 3 LDC, sino como actuó la DI y la discrepancia por parte del Consejo. Tras analizar la conducta, la DI concluyó que no existía infracción alguna, al no cumplirse ninguno de los supuestos para poder calificar la conducta como un acto de competencia desleal. En consecuencia, e insisto, esto es lo relevante, tampoco consideró necesario analizar la concurrencia del otro presupuesto que exige el art. 3 de la LDC: que el acto de competencia desleal falsee la libre competencia por afectar al interés público.

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 sólo está facultada para realizar el reproche de desleal competitiva cuando la conducta enjuiciada, dado el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado, que es el interés público tutelado por la LDC.

En consecuencia, ante una denuncia de infracción del 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, bien o servicio afectado, el contexto jurídico y económico...

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 carecerá 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.

21. Expte. S/410/12, ASCENSORES-2

HECHOS: Este expediente comenzó a raíz de la demanda interpuesta por la MANCOMUNIDAD DE PROPIETARIOS COCHERAS 4, de Madrid contra INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN, S.A (en adelante INELSA) por supuestas conductas constitutivas de infracción del art. 3 LDC, consistentes en obstaculizar la actividad de los competidores en dicho mercado a través del empleo de medios desleales, tales como comunicaciones a clientes con contenido engañoso y/o denigratorio sobre las actividades de sus rivales en el mantenimiento de ascensores y suministro de piezas de recambio, y/o actos de inducción a la infracción contractual con la intención de eliminar a competidores del mercado

La Dirección de Investigación propuso considerar responsable de dicha infracción a ZARDOYA OTIS S.A. (OTIS), SCHINDLER S.A., ASCENSORES ENINTER S.L. y ASCENSORES IMEM, S.L, además de la ya mencionada INELSA.

Todas las empresas mencionadas remitieron comunicaciones a clientes poniendo en duda la capacidad técnica, profesional y económica de empresas competidoras no integradas verticalmente como mantenedoras de aparatos elevadores, en concreto una empresa denominada CITYLIFT.

Varios delegados de OTI en distintas provincias enviaron correos electrónicos a vecinos de comunidades de propietarios en el que declaraba que habían aparecido una gran cantidad de empresas de pequeño tamaño sin experiencia ni soporte técnico, que ofrecían servicios de mantenimiento de cualquier ascensor a precios muy bajos, y esto es lo relevante: *“Dichas empresas no suelen disponer de departamentos técnicos, ni ingenierías de apoyo, ni redes amplias que den la cobertura que precisa el mantenimiento 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”*

Otras afirmaciones contenidas en las cartas eran las siguientes: *“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, afectando a la seguridad de los usuarios.” o “El contrato de City Lift no garantiza nada, ni se responsabilizan de nada”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: El Consejo en este expediente tiene que resolver si, como propone la DI, los hechos acreditados son constitutivos de una infracción del artículo 3 de la LDC, al obstaculizar la actividad de los competidores en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores a través del empleo de medios desleales que falsean la competencia afectando al interés público.

La DI y el Consejo consideran que las empresas han llevado a cabo actos de competencia desleal al remitir comunicaciones a sus clientes con contenido denigratorio y engañoso, todo ello realizado con la finalidad de obstaculizar o eliminar especialmente a las empresas competidoras no integradas verticalmente.

Una vez acreditado que existe un acto de competencia desleal, pasa a analizar si tal acto es capaz de producir un falseamiento de la libre competencia que, además afecte al interés público.

Entienden que teniendo en cuenta las especiales características de este mercado, altamente concentrado, y que las comunicaciones se envían habitualmente, por lo que afectan a un número elevado de consumidores, se ha producido un falseamiento de la competencia con afección al interés público.

La clave por lo tanto parece ser las características del mercado, y es que entiende el Consejo que ante la difícil situación de acceso al mercado para los nuevos entrantes y estabilidad de cuotas de los operadores instalados en el mercado, no se puede tolerar que se lleven a cabo acciones desleales para mantener su posición.

Además en las cartas o comunicaciones no proponen mejores condiciones en precios o servicio, sino que trasladan al cliente una serie de informaciones negativas sobre el competidor, en ocasiones falsas. Por lo tanto no tratan de competir, si no de controlar el mercado.

Por todo ello finalmente se declara acreditada la existencia de cuatro infracciones del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

22. Expte. S/0458/13 ASCENSORES 3

HECHOS: D. XXX, en representación de Ascensores IMEM S.L. (IMEM) interpone demanda ante la DI contra CITYLIFT S.A. (CITYLIFT) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la LDC, consistentes en la realización de acciones tendentes a conseguir el descrédito de los competidores.

Los hechos que dieron lugar a tal denunciar, y a entender la parte demandante que existía un incumplimiento del art. 3 LDC son los siguientes:

- Comportamiento engañoso (art. 5 LCD) y comportamiento denigratorio de la competencia (art. 9 LCD), a través de la publicidad de CITYLIFT, que se basa en su opinión en premisas falsas, haciendo creer a los consumidores que, con otras compañías, "pagan de más" por el servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores.
- Vulneración de los artículos 6 y 7 LCD, constituyendo actos de confusión y realizando omisiones engañosas, dado que las afirmaciones de la competidora "confunden al usuario y ocultan al consumidor la información real".
- Utilización de otras expresiones engañosas tales como: "mejoramos y actualizamos su instalación existente para minimizar problemas futuros y dotarle a usted y los suyos de un mayor confort"; "contamos con piezas y recambios oficiales y homologados"; "nos hemos especializado precisamente en el mantenimiento MULTIMARCA", o "CITYLIFT ASCENSORES: El servicio de mantenimiento del ascensor más profesional"

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sobre el incumplimiento del 5 y el 9 LCD (actos de engaño y de denigración)

La DI entiende que no existen indicios de que CITYLIFT haya infringido los artículos, porque es cierto que ofrecen un precio más bajo que el resto de competidoras, y en ningún momento se nombra a la competencia de manera explícita.

Sobre la supuesta violación de los artículos 6 y 7 LCD (actos de confusión y omisiones engañosas)

La DI considera que no es posible concluir que CITYLIFT esté llevando a cabo actos de confusión, ni ocultando información a los consumidores. La información suministrada por la empresa no es susceptible de confundir a los consumidores, y el hecho de que mantenga ascensores de varios fabricantes ya la convierte, en efecto, en empresa multimarca

Sobre la supuesta violación de los artículos 8 y 14 LCD (Prácticas agresivas e inducción a la infracción contractual)

No entiende la Di que se lleve a cabo un uso de acoso o coacción capaz de mermar de forma significativa la libertad de elección del consumidor para lograr sus objetivos, por

lo que no se cumplen los requisitos establecidos en la LCD para considerar la conducta como agresiva.

Concluye la DI: *“No existiendo indicios claros de actos de competencia desleal y, por tanto, no cumpliéndose el primer requisito establecido por el artículo 3 LDC, no cabría entrar a valorar la concurrencia del segundo, esto es, de la afectación al interés público. En todo caso, IMEM, en la denuncia presentada, no acredita en qué medida dichas prácticas, de poder reputarse como desleales, afectarían al interés público”*.

En esta resolución, el Consejo en el FD 2º entendió, y esto es lo **importante**, que la infracción de las normas de competencia desleal no constituye de forma automática una infracción del artículo 3 de la LDC, sino que las conductas deben suponer un falseamiento de la competencia y afectar, por tanto, al interés público. Por ello, en diversos precedentes el Consejo ha señalado que se debe analizar, en primer lugar, si en las conductas denunciadas y en los hechos descritos hay indicios de falseamiento de la competencia, pues de no haberlos, al margen de que exista o no infracción de alguno o algunos artículos de la LCD, procederá el archivo de las actuaciones según el artículo 49.3 de la LDC.

A la vista de la denuncia presentada, el Consejo no aprecia indicios de que las conductas denunciadas hayan falseado la competencia en el mercado del mantenimiento y reparación de aparatos elevadores, afectando con ello al interés público. En consecuencia, decide NO incoar procedimiento sancionador por vulneración del art. 3 LDC.

Sin embargo, lo relevante de esta resolución es que se menciona en muchas otras resoluciones por la argumentación que da arriba explicada.

