

# Derecho de la competencia

Josep-Oriol Llebot Majó

PID\_00172789



# Índice

<b>Introducción</b> .....	5
<b>Objetivos</b> .....	6
<b>1. Los orígenes y la evolución histórica del derecho de la competencia</b> .....	7
<b>2. El derecho de defensa de la competencia (<i>antitrust</i>): fundamentos teóricos</b> .....	10
<b>3. El derecho español de defensa de la competencia</b> .....	13
3.1. La delimitación del ámbito de aplicación .....	14
3.2. La descentralización en la aplicación del derecho de defensa de la competencia .....	15
3.3. Las conductas limitativas prohibidas de la competencia .....	17
3.3.1. Las conductas colusorias .....	17
3.3.2. El abuso de posición dominante .....	21
3.3.3. Las conductas desleales de relevancia <i>antitrust</i> .....	22
3.4. El sistema de exenciones .....	23
3.4.1. La exención legal .....	23
3.4.2. Las exenciones por categorías .....	24
3.4.3. Las exenciones por ley .....	25
3.5. La estructura de la organización institucional en materia de defensa de la competencia .....	26
3.5.1. La Comisión Nacional de la Competencia .....	26
3.5.2. La Autoridad Catalana de la Competencia .....	28
3.6. El procedimiento sancionador y medidas cautelares .....	30
3.7. La acción de indemnización de daños y perjuicios .....	36
3.8. El control de las concentraciones económicas .....	38
3.9. El control de las ayudas públicas .....	42
<b>4. El derecho de defensa de la competencia en la Unión Europea</b> .....	45
<b>5. El derecho contra la competencia desleal</b> .....	50
5.1. Los presupuestos de aplicación .....	52
5.2. La cláusula general de competencia desleal .....	54
5.3. La tipificación de los actos de competencia desleal .....	56
5.3.1. Actos de deslealtad frente al consumidor .....	56
5.3.2. Actos de deslealtad frente al competidor .....	59
5.3.3. Actos de deslealtad de mercado .....	61

5.3.4. La publicidad ilícita .....	62
5.4. La tipificación de las prácticas comerciales desleales .....	63
5.5. Acciones derivadas de los actos de competencia desleal y de la publicidad ilícita .....	66
<b>Resumen</b> .....	70
<b>Ejercicios de autoevaluación</b> .....	73
<b>Solucionario</b> .....	74
<b>Bibliografía</b> .....	75

## Introducción

Las actividades económicas desarrolladas por los empresarios mediante la empresa se producen en el mercado, donde se entrecruzan sus ofertas con la demanda de bienes y servicios. El elemento que estructura y define el mercado es la competencia, pero la función que cumple la competencia en las economías de mercado no se produce de modo natural, sino que es necesaria su institucionalización para asegurarla. La competencia en este sentido es un producto configurado por el ordenamiento jurídico. El derecho de la competencia está formado por el conjunto de disposiciones que configuran esa materia de la realidad económica que denominamos competencia.

La exposición ordenada del derecho de la competencia que contiene este módulo está dividida en dos bloques normativos, diferenciados fundamentalmente por la naturaleza diversa de los instrumentos que se establecen para la tutela de la competencia. El primer bloque corresponde a las normas que forman el denominado derecho de defensa de la competencia, que, a su vez, está integrado por normas internas y por normas comunitarias. El segundo bloque se refiere a las disposiciones relativas al derecho contra la competencia desleal.

El contenido del derecho de defensa de la competencia abarca, tanto en el ámbito interno como en el comunitario, las conductas limitativas de la competencia prohibidas, el control de las concentraciones y de las ayudas públicas y su aplicación que se confía, fundamentalmente, a los poderes públicos mediante el establecimiento de órganos especializados. Esta tutela pública de la competencia se explica por razones históricas pero también como opción de política legislativa no exenta de racionalidad económica.

El segundo bloque normativo integrado por el derecho contra la competencia desleal contiene la disciplina de los comportamientos desleales que producen un falseamiento de la competencia afectando a alguno de los presupuestos que la configuran en nuestro ordenamiento. La aplicación de esta normativa se instrumenta mediante la tipificación de un número de acciones de naturaleza civil para cuyo ejercicio se establece una amplia legitimación activa que permite satisfacer la función de tutela institucional de la competencia.

## Objetivos

Cuando hayáis finalizado el estudio de este modulo deberíais ser capaces de:

- 1.** Comprender el significado de la unidad sistemática del derecho de la competencia, de sus fundamentos teóricos y de la función y finalidades perseguidas.
- 2.** Conocer el contenido, el significado y la función de las distintas conductas limitativas de la competencia prohibidas y del sistema de exenciones.
- 3.** Conocer los órganos y los procedimientos en materia de defensa de la competencia y el significado y función de la acción de indemnización de daños y perjuicios y de la disciplina del control de las concentraciones y de las ayudas públicas.
- 4.** Entender el significado y la función del derecho contra la competencia desleal y de sus presupuestos de aplicación.
- 5.** Comprender el significado y la función de la cláusula general y de los grupos de actos de competencia desleal según los intereses preferentemente tutelados.
- 6.** Conocer las distintas acciones derivadas de los actos de competencia desleal y la función y finalidad que satisfacen.

## 1. Los orígenes y la evolución histórica del derecho de la competencia

El derecho de la competencia comprende en la actualidad tanto el derecho de defensa de la competencia como el derecho contra la competencia desleal, pues ambos conjuntos normativos tienen por objeto la misma materia de la realidad: la competencia económica. Pero, no obstante, los orígenes de estos dos grupos de normas son bien diversos aunque finalmente hayan llegado a la unificación sistemática y funcional.

Los orígenes del derecho de defensa de la competencia, a pesar de tener antecedentes más remotos, pueden convencionalmente situarse en la promulgación de 1890 en Estados Unidos de la denominada *Sherman Antitrust Act*. Esta disposición es el resultado de un movimiento contrario a la acumulación de poder económico por los denominados *trusts*, que a finales del siglo XIX se formaron en aquel país, y del temor que la utilización de ese poder pudiera perjudicar al propio sistema político. Esta realidad germinal del *antitrust law* no ha dejado de influir, aún en la actualidad, en la interpretación de las finalidades que cumple y en su aplicación.

En Europa el derecho de defensa de la competencia es prácticamente desconocido hasta después de finalizada la Segunda Guerra Mundial. La influencia norteamericana se reconoce en la disciplina de defensa de la competencia contenida en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, y en la aprobación de la primera ley *antitrust* en la República Federal Alemana. El 27 de julio de 1957 se aprueba la ley contra las prácticas restrictivas de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). La firma del TCCEE abre un periodo en el que se produce sucesivamente la aprobación de leyes nacionales de defensa de la competencia en distintos estados europeos, siguiendo fundamentalmente el patrón comunitario.

También por influencia norteamericana, en España se aprueba en 1963 la primera ley de prácticas restrictivas de la competencia, claramente inspirada en su vertiente material en la disciplina comunitaria. Una ley que tuvo escasa aplicación como consecuencia, fundamentalmente, de la estructura empresarial del momento y de la política económica desarrollada por los poderes públicos, así como por los escasos recursos dedicados a la política de competencia y la propia estructura organizativa establecida en la ley; en especial, respecto a la distribución de las competencias para iniciar los expedientes y con respecto a la potestad sancionadora.

La aprobación de la Constitución española de 1978 y el reconocimiento que la misma realiza de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado comportaron la necesidad de formular una nueva ley que, finalmente, quedó plasmada en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, posteriormente derogada por la vigente **Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia** (en adelante: LDC), que reforma el sistema español de defensa de la competencia en el plano institucional y lo aproxima al sistema normativo comunitario.

En cuanto al derecho contra la competencia desleal, sus orígenes, vinculados al reconocimiento del principio de libertad de industria y comercio, se remontan a los inicios del siglo XIX. La interpretación de aquel principio, en el sentido de considerar lícita toda conducta concurrencial que no fuera expresamente prohibida, impidió la formación de un derecho general contra la competencia desleal; de modo que, inicialmente, la lealtad concurrencial es tutelada mediante disposiciones especiales que únicamente tipifican algunos supuestos concretos de conductas desleales consistentes en la lesión de derechos de propiedad industrial. La necesidad de completar la limitada protección que ofrecían esas disposiciones dio lugar a que se desarrollara en Francia una jurisprudencia que, utilizando la cláusula general del ilícito extracontractual, construyó la noción de *concurrence déloyale*.

La primera ley general contra la competencia desleal se produce en Alemania con la promulgación de la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 7 de junio de 1909. Las interpretaciones doctrinales y, sobre todo, jurisprudenciales de la cláusula general contenida en su epígrafe 1 han hecho evolucionar el derecho contra la competencia desleal desde una concepción netamente profesional anclada en la tutela de los derechos subjetivos de los empresarios y, por tanto, mercantil y privada, a una que lo sitúa ante idéntica función que la desplegada por el derecho de defensa de la competencia, esto es, la tutela de la competencia económica mediante la proscripción de las conductas que no supongan una competencia por la eficiencia de las prestaciones. Esta evolución y encuentro final de ambos conjuntos normativos son el resultado de la quiebra del principio de la neutralidad político-económica propia del estado liberal y el consiguiente ingreso en los postulados del estado social.

La situación del derecho contra la competencia desleal en el ordenamiento español era hasta hace poco la propia de sus orígenes. Los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 1902, vigentes hasta su derogación por la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, constituían la normativa más general en esta materia. La configuración positiva del tipo de ilícito desleal de relevancia *antitrust*, contenido en el artículo 3.d de la Ley de Prácticas Restringidas de la Competencia de 1963, tampoco permitió desarrollo alguno en el control de las conductas desleales. En el sector de la publicidad el Estatu-

#### Lectura complementaria

Sobre la noción de *concurrence déloyale*, podeis ver A. Menéndez (1988). *La competencia desleal*. Madrid: Cívitas.



to de la Publicidad de 1964 contenía elementos suficientes para el progreso sectorial de la disciplina, pero en su aplicación se impuso una interpretación claramente corporativa.

La Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas estableció en los artículos 87, 88 y 89 una normativa contra la competencia desleal que, no obstante, no tenía carácter general y, sobre todo, era claramente deficiente en sus aspectos procesales. En cualquier caso,

la aprobación posterior de la **Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad** que contiene una disciplina de corte profesional de las conductas desleales de ese sector y, sobre todo, la promulgación de la **Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal**, que deroga los artículos de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, han situado, finalmente, el derecho contra la competencia desleal en el ordenamiento español, con una configuración que permite llevar a cabo esa unificación sistemática y de objeto con el derecho de defensa de la competencia.

## 2. El derecho de defensa de la competencia (*antitrust*): fundamentos teóricos

La comprensión del derecho de la competencia sólo puede ser racional si somos capaces de determinar la función que debe cumplir y las finalidades que persigue. La exposición de motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia manifiesta que:

(la) existencia de una competencia efectiva entre las empresas (...) disciplina (su) actuación (...) y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores y las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor (...) con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad;

y, asimismo, en el articulado de la LDC se utiliza la expresión *competencia* para delimitar las conductas prohibidas.

La comprensión del significado de esas manifestaciones y de la propia noción de competencia empleada por LDC pasa por desvelar el significado de esta última en el ámbito de la microeconomía, donde se refiere a un estado en el que se produce una asignación eficiente de los recursos económicos y, por tanto, como veremos, un estado en el que el bienestar de los consumidores no puede incrementarse. La comprensión del significado que los economistas atribuyen a la expresión *competencia* sólo puede conseguirse mediante la descripción de los elementos más relevantes de los modelos económicos que explican las consecuencias de las distintas estructuras del mercado, esto es, la teoría de la competencia y la teoría del monopolio.

La teoría de la competencia explica la conducta -y las consecuencias- de los empresarios que persiguen maximizar los beneficios cuando la estructura del mercado es competitiva. El estado de competencia se caracteriza porque ningún empresario puede influir ni sobre el precio ni sobre la cantidad de los bienes y servicios. En este estado la cantidad de bienes producidos por los empresarios está determinada por el coste marginal de producir una unidad más del bien; coste marginal que coincide con el beneficio marginal que le proporciona esa unidad del bien adicional. Los beneficios se maximizan cuando el coste marginal coincide con el beneficio marginal, porque si un empresario produce una unidad más del bien, el coste marginal es superior al beneficio marginal y, por tanto, incurre en pérdidas; del mismo modo, si el empresario produce una unidad menos del bien, el coste marginal es inferior al beneficio marginal, y, por tanto, el empresario está perdiendo la oportunidad de obtener mayores beneficios. En un mercado competitivo, el precio de los productos, por tanto, equivale necesariamente al coste marginal de producción, que comprende la retribución del capital utilizado por el empresario. En este estado de competencia, el empresario que fija un precio por encima del coste marginal no puede subsistir, pues los demás empresarios producirán bienes hasta el coste

marginal y los ofrecerán a un precio inferior. Por debajo del coste marginal tampoco es posible fijar el precio, pues esto imposibilitaría que el empresario cubriera los costes de producción, incluida la retribución del capital utilizado. En definitiva, en un estado de competencia los consumidores satisfacen sus necesidades pagando por los bienes el coste marginal de producirlos equivalente al coste social de los recursos empleados.

La teoría del monopolio explica la conducta -y sus consecuencias- de un empresario que persigue maximizar los beneficios cuando es el único productor de los bienes o servicios. En este estado, la estructura del mercado es de monopolio y se caracteriza por que el único empresario puede influir sobre la cantidad, y, por tanto, también sobre el precio de los bienes o servicios que produce. El empresario monopolista también produce bienes y servicios hasta el punto de que el coste marginal de producir una unidad más es igual al beneficio marginal que obtiene, porque con esta conducta maximiza los beneficios. Ahora bien, las consecuencias de esa conducta son que el empresario monopolista produce una cantidad inferior de los bienes y servicios respecto a la que se produciría en un estado de competencia, y, por tanto, puede ofrecerlos a un precio superior al coste marginal de producción. Estas consecuencias son insostenibles en un mercado competitivo, pues otros empresarios, atraídos por los beneficios del monopolista, empezarían a producir más bienes o servicios hasta que el precio de los mismos fuera igual al coste marginal. En este sentido, podría afirmarse que la función del derecho de defensa de la competencia es avanzar el resultado que un mercado competitivo alcanzaría a largo plazo.

El estado de monopolio plantea distintos problemas; aunque únicamente uno de ellos dota de fundamento a la disciplina jurídica de defensa de la competencia. El primer problema consiste en que los consumidores del bien o servicio monopolizado están pagando por él un precio superior al que deberían satisfacer en un mercado competitivo, esto es, la diferencia entre el precio y el coste marginal de producción. La consecuencia es una simple transferencia de recursos de los consumidores al empresario monopolista, que tiene lugar por la voluntad libre de los consumidores (*volenti non fit iniuria*), puesto que quienes no estén dispuestos a pagar el precio de monopolio podrán satisfacer sus necesidades adquiriendo otro bien o servicio sustitutivo. Además, los beneficios que puede obtener un monopolista incentivan la inversión de recursos con el fin de monopolizar el mercado y acceder a dichos beneficios. El empleo de estos recursos con esa finalidad constituye también un elemento más del coste social del monopolio, pues su consecución no produce ningún aumento del bienestar de los consumidores.

El verdadero problema que produce el monopolio es el problema del coste social que comporta. El aumento del precio de los bienes o servicios monopolizados por encima del coste marginal de producción induce a los consumidores a sustituirlos por otros bienes o servicios cuyo coste marginal de producción es mayor que el de los bienes o servicios monopolizados. Esta sustitución tiene lugar porque el precio de los bienes o servicios sustitutivos es inferior al precio de los bienes o servicios monopolizados. La consecuencia es que los consumidores escogen un bien o servicio que parece más barato pero que en realidad exige más recursos para producirse que los necesarios para producir los bienes o servicios monopolizados. Está claro que en un estado de competencia los recursos empleados para producir los bienes o servicios sustitutivos serían utilizados para producir los bienes o servicios monopolizados, pues éstos últimos permiten a los consumidores satisfacer las mismas necesidades a un coste inferior. En esto consiste la ineficiencia del monopolio, esto es, en que el coste social de satisfacer las necesidades de los consumidores es superior al coste privado de satisfacerlas; la diferencia está en el mayor coste marginal de producción de los bienes o servicios sustitutivos frente al de los monopolizados.

Este coste social es precisamente el que dota de fundamento a la disciplina imperativa del derecho de defensa de la competencia, si bien es necesario advertir de forma inmediata que en la realidad no se dan de forma plena ninguno de los dos estados descritos, sino que aquélla se presenta de un modo más complejo. Entre otras muchas razones porque la distinción entre un estado de competencia y un estado de monopolio depende de la amplitud o estrechez con que delimitemos los bienes o servicios dentro de un mismo grupo, y, por tanto, de la denominada elasticidad de la demanda cuyo valor es el que permite determinar con precisión el estado del mercado.

#### **La ineficiencia del monopolio**

La ineficiencia del monopolio consiste en que el coste social de satisfacer las necesidades de los consumidores es superior al coste privado de satisfacerlas; la diferencia está en el mayor coste marginal de producción de los bienes o servicios sustitutivos frente al de los monopolizados.

### 3. El derecho español de defensa de la competencia

La potestad legislativa en la materia propia del derecho de defensa de la competencia no se halla como tal atribuida expresamente al Estado por la Constitución. La competencia del Estado en la materia «defensa de la competencia» dimana de la atribución que la Constitución realiza en el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE (DF primera, LDC). Dado que la materia «defensa de la competencia» constituye un elemento definitorio del mercado, la competencia estatal «ex», en el artículo 149.1.13.<sup>a</sup>, atribuye al Estado no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional. La competencia ejecutiva que en materia de defensa de la competencia cabe atribuir a las comunidades autónomas, en virtud de la asunción de la competencia en materia de comercio interior, se halla limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio. No obstante, el nuevo artículo 154 EAC refiere expresamente la competencia ejecutiva de la Generalitat de Cataluña en materia de defensa de la competencia.

La anterior es la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional y esta es la que le llevó a declarar inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a y 25.c de la derogada LDC, en la medida en que desconocía las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos (artículos 12.1.5 EAC y 10.27 EAPV), si bien difería su nulidad hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, pudieran las comunidades autónomas ejercitarlas. (STC 208/1999, de 11 de noviembre de 1999). Los referidos puntos de conexión fueron fijados por la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (en adelante, LCC).

El derecho español de defensa de la competencia está contenido pues en el ordenamiento completo y general del Estado.

El fundamento constitucional de la legislación sobre defensa de la competencia se halla en el artículo 38 que, al reconocer la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, implícitamente institucionaliza la competencia económica como elemento organizador del sistema económico.

Esa disciplina está contenida en la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que deroga la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RLDC).

El sistema español del derecho de defensa de la competencia está estructurado en la LDC mediante la definición de las conductas limitativas de la competencia prohibidas: conductas colusorias, abuso de posición dominante y conductas desleales de relevancia *antitrust*. Asimismo, establece un sistema de exenciones y atribuye la aplicación de las prohibiciones a los correspondientes órganos estatales; por ejemplo, la Comisión Nacional de la Competencia, que sustituye a los extintos Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de Defensa de la Competencia (DA sexta LDC), o autonómicos, mediante la instrucción del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas. Además, la LDC contiene la disciplina del control de las concentraciones económicas y la vigilancia de las ayudas públicas. Un estudio más detenido de ese contenido normativo es el objeto de los apartados siguientes.

### 3.1. La delimitación del ámbito de aplicación

El análisis de las conductas prohibidas, del control de las concentraciones económicas y de las ayudas públicas constitutivas del ámbito objetivo debe ir precedido por la delimitación tanto del ámbito subjetivo como del ámbito territorial. La LDC no hace ninguna referencia a los sujetos autores de las conductas prohibidas. Es cierto que en algunos preceptos menciona a las empresas (art. 1.3.b y 1.3.c, 2.1, 2.3 y 7.1, entre otros) pero igualmente utiliza en otros expresiones más amplias como la de agentes económicos (art. 63.1 y 67.I). Esta omisión intencionada del legislador se explica porque la delimitación del ámbito subjetivo se desprende de la finalidad que persigue la LDC. En efecto,

si lo que se persigue es garantizar la existencia de una competencia suficiente, es evidente que la LDC debe ser aplicable a cualquier persona, física o jurídica, que participe o desarrolle una actividad en el mercado.

#### Desmercantilización del derecho de defensa de la competencia

Esta interpretación del ámbito subjetivo de aplicación de la LDC, plenamente consolidada en la doctrina del extinto TDC, al abarcar a cualquier operador económico, supone una desmercantilización del derecho de defensa de la competencia según el paradigma de la doctrina de la empresa. A pesar de que los empresarios como operadores económicos siguen siendo los destinatarios naturales de la LDC, esto basta para justificar la inclusión de esta materia en el sistema del derecho mercantil.

La delimitación del ámbito territorial de aplicación de la LDC se lleva a cabo de forma indirecta. Al definir las conductas prohibidas, la LDC dispone que la prohibición se extiende a todas las que produzcan o puedan producir sus efectos en todo el mercado nacional o en parte del mismo (art. 1.1 y 2.1). El establecimiento del lugar de una efectiva o potencial producción de los efec-

tos de la conducta prohibida, como criterio para la aplicación de la legislación española sobre defensa de la competencia, se explica también por la finalidad de la LDC, pues la competencia que persigue garantizar y proteger es la competencia en el mercado nacional y, por tanto, deben quedar sujetas también las conductas prohibidas que se realicen fuera del mismo pero que, sin embargo, puedan producir o produzcan los efectos de limitación de la competencia en el territorio español. En consecuencia, el criterio del lugar de producción de los efectos constituye una norma de derecho internacional privado cuando en una conducta prohibida estén presentes elementos internacionales. A estos efectos, el criterio para la aplicación de la LDC española hace irrelevantes el lugar de realización de la conducta y la intención y/o nacionalidad de los operadores económicos implicados.

### **3.2. La descentralización en la aplicación del derecho de defensa de la competencia**

La aplicación de la LDC no es competencia exclusiva de los órganos estatales, sino que la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia es una competencia concurrente entre los órganos del Estado y de las comunidades autónomas. El carácter concurrente de la competencia ejecutiva exige el establecimiento de criterios de conexión con objeto de delimitar el ámbito de las mismas que corresponde al Estado y a las comunidades autónomas y también medidas de coordinación para garantizar la unidad de mercado nacional, en virtud del artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE (STC 208/1999). La delimitación de la correspondiente competencia ejecutiva del Estado y de las comunidades autónomas se lleva a cabo en la LCC mediante el establecimiento de los denominados puntos de conexión. Estos atribuyen a los órganos del Estado el ejercicio de las competencias respecto a los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional (art. 1.1 LCC); situación que, en todo caso, se produce cuando concurren las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 1.2 de la LCC. Por su parte, las comunidades autónomas pueden ejercer las referidas competencias en su territorio cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una comunidad autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva comunidad (art. 1.3 LCC).

En cuanto a las medidas que tienden a coordinar la aplicación de la LDC entre el Estado y las comunidades autónomas, la LCC crea la Junta Consultiva en materia de conflictos. Se trata de un órgano consultivo especializado en el asesoramiento mediante dictamen no vinculante para la resolución de los conflictos de competencia que la aplicación de los puntos de conexión pueda producir entre el Estado y las comunidades autónomas o entre éstas entre sí (art. 3.1 LCC). El procedimiento de resolución de conflictos se estructura mediante un sistema de recíproco y simétrico suministro de información acerca

de las denuncias o actuaciones practicadas de oficio entre los distintos órganos competentes en materia de defensa de la competencia (art. 2 LCC). En caso de que surjan diferencias acerca del órgano competente para instruir y resolver un determinado procedimiento, cualquiera de las administraciones en conflicto puede solicitar la convocatoria de la Junta Consultiva para que emita un informe al respecto. El órgano estatal o autonómico declarado competente en el informe podrá iniciar el procedimiento, sin perjuicio de la utilización de las vías jurisdiccionales pertinentes y del planteamiento de un conflicto positivo o negativo entre el Estado y las comunidades autónomas, o entre éstas entre sí ante el Tribunal Constitucional.

La trascendencia que una aplicación armónica del derecho de defensa de la competencia tiene para la satisfacción de la función que cumple explica que la LCC haya previsto también un conjunto de mecanismos de colaboración con esta finalidad. En este sentido, se crea el Consejo de Defensa de la Competencia como órgano de participación y colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia (art. 5 Uno LCC). Asimismo, también se imponen un conjunto de obligaciones de transmisión recíproca de información entre los órganos estatales y autonómicos de defensa de la competencia (art. 5 dos LCC) y se legitima a la Comisión Nacional de la Competencia para comparecer, en calidad de interesado, en todos los procedimientos tramitados por los órganos autonómicos (art. 5 tres LCC).

La descentralización en la aplicación del derecho de defensa de la competencia no sólo se manifiesta en la pluralidad de órganos estatales y autonómicos competentes, sino también en la competencia objetiva que la nueva LDC atribuye a los juzgados de lo mercantil para conocer cuantas cuestiones sean de competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la misma (DA 1ª LDC). No obstante, la atribución de esa competencia objetiva en la LDC exigía la modificación del artículo 86 ter 2 f) de la LOPJ; modificación que, finalmente, se produjo mediante la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, ampliando la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil a los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la LDC. De este modo se elimina el requisito de procedibilidad contenido en el art. 13 de la derogada LDC y se faculta a los juzgados de lo mercantil para aplicar directamente los referidos artículos. Ahora bien, como esta posibilidad puede producir resoluciones administrativas y jurisdiccionales contradictorias, la LDC prevé mecanismos de cooperación entre los correspondientes órganos competentes. Así, el deber de dar traslado a la Comisión Nacional de la Competencia del auto de admisión de las correspondientes demandas (DA 2ª 4, LDC, que modifica el artículo 404 LEC) y del escrito de interposición del recurso de apelación (DA 2.ª 6, LDC, que modifica el artículo 461 LEC), o la facultad de intervención de la correspondiente Administración en concepto de *amicus curiae* en los procedimientos judiciales que se entablen (art. 16 y DA 2.ª uno, LDC, que introduce el artículo 15bis en la LEC), también la facultad de suspender el plazo para dictar sentencia tan-



to en primera instancia como en apelación (DA 2.<sup>a</sup> 5 y 7, LDC, que modifica los artículos 434 y 465 LEC) y, en fin, el deber de comunicar a la Comisión Nacional de Competencia las sentencias que se dicten (DA 2.<sup>a</sup>, 2, LDC, que modifica el artículo 212 LEC).

### 3.3. Las conductas limitativas prohibidas de la competencia

El primer elemento estructural del derecho de defensa de la competencia está constituido por el establecimiento de una prohibición y tipificación de las conductas limitativas de la competencia. Las conductas definidas y prohibidas son las conductas colusorias, el abuso de posición dominante y las conductas desleales de relevancia *antitrust*. El análisis de los elementos que configuran cada uno de esos tres supuestos resulta imprescindible para alcanzar una comprensión correcta de su significado.

#### 3.3.1. Las conductas colusorias

Las conductas colusorias tipificadas en la cláusula general del artículo 1.1 de la LDC se caracterizan por ser conductas realizadas en común por dos o más operadores económicos con el objeto o efecto, real o potencial, de impedir, restringir o falsear la competencia, y, así, conseguir los beneficios asociados al estado de monopolio. La naturaleza de las conductas colusorias puede ser diversa y por esto la LDC distingue las modalidades siguientes: **acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas y prácticas conscientemente paralelas.**

Los acuerdos son pactos entre dos o más operadores económicos cualquiera que sea su forma, oral o escrita, y su eficacia o validez jurídica. Los operadores económicos que concluyen un acuerdo con el objeto o efecto, real o potencial, de impedir, restringir o falsear la competencia pueden estar situados en el mismo nivel del proceso de producción o de distribución de bienes o servicios, en cuyo caso estamos ante los denominados acuerdos horizontales, o bien en niveles distintos del proceso de producción o de distribución; son entonces calificados como acuerdos verticales.

La presencia de una pluralidad de partes autónomas es el elemento necesario de los acuerdos analizados, pues si esa autonomía entre las partes del acuerdo falta, no habrá competencia susceptible de ser restringida. Esto último es lo que ocurre con frecuencia en los acuerdos entre empresas jurídicamente independientes pero pertenecientes a un mismo grupo empresarial, pues no gozan de poder de decisión separadamente al constituir una unidad de decisión porque alguna de ellas ostenta el control de las demás. Ahora bien, cuando una de las empresas controladas pertenecientes a un grupo concluye un acuerdo colusorio con otros operadores económicos ajenos al grupo, se plantea el problema de la atribución de la responsabilidad por la infracción de la prohibición a la

empresa que ostenta el control de las demás. La LDC ha resuelto expresamente esta cuestión en el artículo 61.2 disponiendo que las conductas realizadas por una empresa sean también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de la empresa controlada es determinado por la empresa que ostenta el control. La ausencia de independencia o de libertad económica en las partes de un acuerdo está presente también en los acuerdos que concluyen los agentes comerciales, mediadores o comisionistas con un empresario para desarrollar una actividad complementaria de promoción de negocios por cuenta de dicho empresario.

Las decisiones y las recomendaciones se refieren a aquellas conductas que tienen su origen en los acuerdos adoptados por la mayoría de los miembros de una organización. La distinción entre decisiones y recomendaciones está en función del carácter obligatorio de las primeras frente al meramente voluntario de las segundas con respecto a su cumplimiento por parte de los miembros de la organización. Las prácticas concertadas son conductas que implican un paralelismo consciente en la actividad de los operadores económicos y suponen cierta cooperación o coordinación entre ellos. En cambio, las prácticas conscientemente paralelas son conductas que no exigen un elemento consensual, aunque no pueden ser explicadas por las reacciones normales o previsibles de los agentes económicos en un mercado competitivo.

La prohibición general de las conductas colusorias del artículo 1.1 es objeto de ejemplificación mediante una enumeración no exhaustiva de las conductas más tradicionales, y por eso han sido objeto de tipificación expresa. En particular, las que consistan en: a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; b) la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros, y e) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con respecto a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

La realización de cualquier conducta colusoria constituye una infracción del artículo 1.1 de la LDC cuando, como queda dicho, tiene por objeto o efecto, real o potencial, impedir, restringir o falsear la competencia. Establecer distinciones entre esos tres términos es innecesario pues lo único relevante es destacar que con ellos se pretende cubrir cualquier limitación de la competencia en el mercado. En cambio, para comprender el alcance y significado de la prohibición resulta imprescindible destacar que

para incurrir en una infracción del artículo 1 son irrelevantes tanto la intención de los operadores económicos que despliegan una conducta prohibida, como la finalidad de la misma y sus efectos reales. El análisis de la infracción es un análisis abstracto, esto es, únicamente persigue determinar si la conducta en abstracto es idónea para limitar la competencia.

Ahora bien, la formulación general de la prohibición y el carácter abstracto y formal de su aplicación llevado al extremo, implicaría la prohibición de acuerdos claramente beneficiosos para la competencia. En este sentido, se ha de señalar que la colaboración es inherente al desarrollo de cualquier actividad económica. Está claro que nadie duda de la licitud del contrato de sociedad, mediante el cual dos o más personas se obligan a desarrollar una actividad económica en común, por más que una de sus consecuencias sea la eliminación de la competencia, real o potencial, entre los socios. La explicación y justificación de la licitud de éste y otros acuerdos que llevan a idénticas consecuencias está en el carácter accesorio de la limitación de la competencia para la consecución de una finalidad principal claramente beneficiosa para la competencia. Este razonamiento ha sido utilizado por el extinto TDC con el fin de flexibilizar la prohibición general de los acuerdos colusorios y declarar que los pactos de no competencia pueden considerarse como medidas necesarias para alcanzar el fin lícito del acuerdo principal, doctrina que posteriormente ha extendido también en relación con otras figuras negociables.

En esta misma dirección de valoración de las consecuencias económicas de los acuerdos colusorios se inscribe la problemática de la denominada regla *de minimis*. Esta regla de origen comunitario consiste en la no aplicación de la prohibición a los acuerdos colusorios que por su escasa importancia no pueden afectar de manera significativa a la competencia. La regla persigue racionalizar el coste de administración de la defensa de la competencia. En este sentido, el nuevo artículo 5 de la LDC establece que las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Pero, no obstante, el mismo artículo remite a una disposición reglamentaria la fijación de los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado, y, por tanto, a la inaplicabilidad de la prohibición con respecto a estas conductas.

Esta remisión ha sido llenada de contenido por los artículos 1 a 3 del RLDC en los que se determinan, en primer lugar, las conductas de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado, de modo que se consideran tales las efectuadas entre empresas competidoras cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10% en ninguno de los mercados relevantes afectados y también las que efectúen empresas que no sean competidoras cuando la cuota de mercado de cada una no exceda del 15% en ninguno de los mercados relevantes afecta-

dos (art. 1.a y 1.b RLDC). En segundo lugar, aunque pueden quedar comprendidas en el concepto de conductas de menor importancia establecido en el artículo 1 RLDC, el artículo 2 RLDC excluye de ese concepto un conjunto de conductas, que enumera detalladamente, dada la gravedad de los efectos que sobre la competencia producen o pueden producir las mismas en cualquier caso. En fin, con carácter residual el artículo 3.1 RLDC prevé que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia pueda declarar no aplicables las prohibiciones contenidas en los artículos 1 a 3 de la LDC a las conductas que, según su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia; concretan así un supuesto de declaración de inaplicabilidad previsto con carácter general en el artículo 6 de la LDC, y que, de acuerdo con el mismo, debe fundarse, en todo caso, en el interés público y acordarse de acuerdo con el procedimiento reglamentariamente previsto (art. 43 RLDC). No obstante todo lo dicho hasta aquí, debe advertirse que las conductas de menor importancia, al margen del tratamiento que se les dispensa en el ámbito del derecho de defensa de la competencia, constituyen, en cualquier caso, un acto de competencia desleal por infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (art. 15.2 LCD).

Los acuerdos, decisiones y recomendaciones que constituyan prácticas colusorias son nulos de pleno derecho (art. 1.2) sin necesidad de ulterior declaración judicial o administrativa al respecto.

La falta de mención de la nulidad de las prácticas concertadas y de las prácticas conscientemente paralelas se explica porque las mismas carecen de carácter negociable. Únicamente puede evitarse la nulidad si la conducta colusoria está amparada por alguna de las exenciones previstas en la LDC. En el ámbito de las relaciones jurídicas privadas esta sanción civil, predispuesta en la propia LDC, comporta negar validez y eficacia jurídica a las conductas referidas, de modo que no obligan a su cumplimiento a ninguno de los operadores económicos afectados. En realidad, la sanción en cuestión no constituye más que una aplicación especial de la regla general contenida en el artículo 6.3 del Código civil, y, por tanto, es plenamente trasladable la doctrina formulada en torno al significado del mismo; si bien la expresa mención de este efecto, derivado de todo acto contrario a una norma imperativa o prohibitiva, no es irrelevante en la propia LDC, pues permite destacar las consecuencias desestabilizadoras que dicho efecto puede tener en el seno de los acuerdos colusorios al saberse sus miembros no vinculados jurídicamente por los mismos.

### 3.3.2. El abuso de posición dominante

La segunda conducta limitativa de la competencia prohibida por la LDC es una conducta individual o colectiva de uno o varios operadores económicos consistente en la explotación abusiva de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional (art. 2.1 LDC). Los términos de la prohibición dejan claro que la conducta prohibida no es ostentar una posición de dominio en el mercado, sino hacer una explotación abusiva de esta posición. La LDC, por tanto, no impide, en principio, alcanzar y mantener una posición de dominio en el mercado; ni siquiera de monopolio. Lo que se persigue con la prohibición ahora estudiada es evitar que la posición de dominio en el mercado se alcance o se mantenga mediante la realización de conductas limitativas de la competencia y no como resultado de la mayor eficiencia en la producción o distribución de bienes o servicios. Lo anterior explica que la prohibición sea también aplicable a los denominados monopolios legales, esto es, a los operadores económicos que ostentan una posición de dominio en el mercado por virtud de una disposición legal (art. 2.3 LDC).

La posición de dominio de una empresa consiste en un poder económico que le permite comportarse con relativa independencia respecto a sus competidores, clientes y consumidores para modificar provechosamente el precio o cualquier otra característica de los bienes o servicios. Esta descripción de la posición de dominio deja claro que la misma se refiere siempre a una empresa concreta en un mercado determinado. La determinación de la posición de una empresa en un mercado determinado se efectúa mediante la delimitación del mercado relevante. Esta delimitación exige precisar el mercado geográfico, esto es, el ámbito geográfico en el que la empresa desarrolla su actividad y el mercado de producto, es decir, los bienes o servicios sustituibles con los de la empresa. La posición de dominio en un mercado determinado puede ostentarla tanto una empresa individualmente como constituir una posición de dominio conjunta de varias empresas.

El elemento que convierte en ilícita la posición de dominio es la explotación abusiva de la posición, es decir, desplegar una conducta que en un estado de competencia no sería posible realizarla. El artículo 2.2 LDC contiene una enumeración de los supuestos constitutivos de conductas abusivas más frecuentes. Esta tipificación no es en absoluto exhaustiva, sino meramente ejemplificativa. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos; b) la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; c) la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros, y e) la

#### La conducta prohibida

La conducta prohibida no es ostentar una posición de dominio en el mercado, sino hacer una explotación abusiva de esta posición.

#### La posición de dominio de una empresa

La posición de dominio de una empresa consiste en un poder económico que le permite comportarse con relativa independencia respecto a sus competidores, clientes y consumidores para modificar provechosamente el precio o cualquier otra característica de los bienes o servicios.

subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

La LDC no contiene una sanción de nulidad expresa para los acuerdos que constituyan una conducta de explotación abusiva de una posición de dominio, a diferencia de la previsión que a este respecto afecta a las conductas colusorias, pero esa laguna ha sido llenada por la doctrina del anterior TDC que ha fundamentado expresamente esa posibilidad.

### 3.3.3. Las conductas desleales de relevancia *antitrust*

La unificación del derecho de defensa de la competencia y del derecho contra la competencia desleal en torno a la noción de competencia cobra todo su significado con la tipificación del falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3 LDC) como conducta limitativa de la competencia. La LDC prohíbe las conductas desleales que revisten una especial gravedad para el mercado como un tipo distinto de las conductas colusorias y de las conductas constitutivas de una explotación abusiva de una posición dominante.

Las conductas desleales relevantes en el derecho de defensa de la competencia deben ser constitutivas de un acto de competencia desleal que produzca o pueda producir un falseamiento grave de la competencia que afecte al interés público.

El primer elemento del ilícito se construye *per relationem*, pues los actos de competencia desleal son los tipificados en la legislación contra la competencia desleal. Los actos de competencia desleal más relevantes a este respecto son los actos de deslealtad frente al mercado (art. 16.2 -explotación del poder de demanda u oferta- y 17.2.c -ventas predatorias- de la LCD), aunque esto no excluye la posibilidad de fundar la comisión del ilícito en cualquier otro acto desleal.

El segundo elemento está constituido por el falseamiento o distorsión de la competencia. El significado de este requisito consiste en que la conducta desleal ha de ser una conducta idónea para producir una limitación real o potencial de la competencia. El tercer y último de los requisitos o elementos del ilícito es el que se refiere a la gravedad de la distorsión o falseamiento de la competencia. Esta gravedad es frecuentemente confundida con un elemento ulterior referido al interés público; sin embargo, el único interés público cuya garantía y tutela persigue la LDC es la existencia de una competencia suficiente. La gravedad como elemento del ilícito no es únicamente una gravedad cuantitativa, sino también cualitativa.

En cualquier caso, debe quedar claro que la eventual aplicación de la LDC con respecto a un acto de competencia desleal, relevante desde la perspectiva *antitrust*, no impide la aplicación a ese mismo acto de la legislación contra la competencia desleal; por tanto, es posible la tramitación simultánea, anterior o posterior de un expediente por los órganos de defensa de la competencia y de una acción de competencia desleal ante la jurisdicción ordinaria.

### **3.4. El sistema de exenciones**

La prohibición general de las conductas colusorias contenida en el artículo 1.1 no es, en el sistema de defensa de la competencia configurado en la LDC, una prohibición absoluta, sino únicamente una prohibición relativa. Ésta es una afirmación que deriva del tratamiento que reciben los acuerdos de escasa importancia y de la doctrina relativa a limitaciones accesorias de la competencia, supuestos ambos analizados anteriormente. Pero la relatividad de la prohibición de las conductas colusorias se manifiesta, sobre todo, en el sistema de exenciones expresamente previsto en la LDC en atención a la consecución no sólo del interés público en garantizar una competencia suficiente, sino también en la satisfacción de otros intereses públicos, incluso contradictorios con aquél, que encuentran su fundamento en la cláusula del estado social de la Constitución.

Este sistema de exenciones está estructurado en torno a tres tipos diversos: la exención legal, las exenciones por categorías y las exenciones por ley. El significado de estas exenciones consiste en que las mismas delimitan negativamente el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1.1 y/o del artículo 2.1 de la LDC. Los tres tipos de exenciones, por tanto, hacen lícitas las conductas colusorias objeto de las mismas, esto es, esas conductas caen en la prohibición general del artículo 1.1 LDC a falta de la correspondiente exención.

La disciplina del sistema de exenciones está contenida en los apartados tercero, cuarto y quinto del artículo 1, en el artículo 4.1 de la LDC y en el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, cuyos artículos 2, 3, 14 y 15, apartados 1 a 4 y el capítulo III son expresamente declarados en vigor por la disposición derogatoria de la LDC hasta que el Gobierno apruebe, en su caso, nuevos textos reglamentarios. El artículo 1.3 de la LDC establece el régimen de la exención legal, los apartados cuatro y cinco del mismo artículo contienen la normativa de las exenciones administrativas por categorías y el artículo 4 la relativa a las exenciones por ley.

#### **3.4.1. La exención legal**

La principal novedad de la nueva LDC en el ámbito de las disposiciones sustantivas reside en la sustitución del sistema de autorizaciones administrativas singulares por el sistema de exención legal para las conductas colusorias que

cumplan determinadas condiciones con objeto de aproximar el sistema español de defensa de la competencia al comunitario, aunque en nuestro caso no porque el número de solicitudes de autorización administrativa singular hubiera planteado problemas de administración del sistema, pues dicha modalidad de exención surge en este último ámbito como consecuencia del proceso de modernización del mismo. La delimitación de las conductas que se pueden beneficiar de la exención legal se lleva a cabo en el artículo 1.3 LDC, que sigue, prácticamente de forma literal, el contenido del artículo 81.3 del TCCE (hoy artículo 101.3 TFUE).

El artículo 1.3 LDC dispone que la prohibición del apartado 1 de dicho artículo no se aplique, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, a las conductas colusorias que cumplan las cuatro condiciones siguientes:

- 1) contribuir a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico;
- 2) permitir a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;
- 3) no imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos;
- 4) no consentir a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

El significado y alcance de cada una de estas cuatro condiciones puede hallarse expuesto en la comunicación de la comisión relativa a las directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, pues en esta comunicación se describe el significado y alcance de idénticas condiciones previstas en el TCCE (hoy TFUE). La comprensión del significado y alcance de las referidas condiciones es fundamental, pues las empresas que persigan acogerse a la exención legal deberán llevar a cabo una autoevaluación de las conductas que se propongan realizar en función del cumplimiento de esas condiciones, ya que, en caso de iniciarse un procedimiento sancionador, si bien la prohibición relativa a las conductas colusorias prevista en el apartado primero del artículo 1 de la LDC no se aplica a los acuerdos que cumplan las repetidas cuatro condiciones (art. 1.3 *in fine* LDC), corresponde a las empresas que invoquen la exención legal al aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 1 de la LDC (art. 50.2 LDC).

### **3.4.2. Las exenciones por categorías**

Las exenciones por categorías están establecidas o bien directamente en los reglamentos comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE (hoy artículo 101.3 TFUE) a determinadas categorías de



acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas (artículo 1.4 LDC), o bien en los correspondientes reales decretos aprobados por el Gobierno en virtud del artículo 1.5 LDC, y en cuya elaboración deben intervenir, con carácter consultivo pero obligatorio, el Consejo de Defensa de la Competencia y la Comisión Nacional de la Competencia (art. 25.a LDC). En ambos casos dichas disposiciones establecen una exención en bloque para determinadas categorías de conductas colusorias, y su principal efecto es la exención automática de las que cumplan su contenido. En la actualidad sólo está vigente un real decreto, promulgado con anterioridad a la promulgación de la vigente LDC, de exención por categorías, se trata del Real Decreto 602/2006, de 19 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad.

También forman parte de la normativa española relativa a las exenciones por categorías los artículos 2 a 4 del RD 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia. Esta disposición, cuyos artículos 2, 3, 14 y 15, apartados 1 a 4 y el capítulo III son expresamente declarados en vigor por la disposición derogatoria de la LDC, no establece el contenido concreto de cada uno de los distintos reglamentos de exención por categorías. La determinación del contenido se efectúa *per relationem*, pues no es otro que el de los seis reglamentos comunitarios enumerados en el artículo 2. Los problemas que este modo de establecer las exenciones por categorías había planteado en la normativa anterior en torno al efecto que deban tener las modificaciones o sustituciones posteriores de los reglamentos comunitarios en el ámbito interno han sido resueltos ahora mediante una remisión dinámica que comprende no sólo los reglamentos vigentes y expresamente mencionados, sino también aquellos reglamentos comunitarios que los sustituyan.

### **3.4.3. Las exenciones por ley**

Las conductas colusorias realizadas por operadores económicos están exentas de la aplicación de la prohibición general cuando resulten de la aplicación de una ley (art. 4.1). En consecuencia, tanto las conductas colusorias, como el abuso de posición dominante no quedan sujetos a las prohibiciones establecidas en los artículos 1.1 y 2.1 LDC cuando son realizados en aplicación de las disposiciones contenidas en una ley.

La exigencia de ley debe entenderse referida únicamente a las normas con rango de ley, y, por tanto, al quedar excluidas todas las de carácter reglamentario, deja a las administraciones públicas sin margen de actuación sobre esta materia. Esta idea se expresa con claridad en el artículo 4.2, cuando dispone que la prohibición general sea aplicable a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de las administraciones públicas, los entes públicos

o las empresas públicas no amparadas por una ley. Las administraciones públicas, cuando actúan en el mercado, están, por tanto, sometidas a la LDC en las mismas condiciones que los operadores económicos privados.

Ahora bien, la aplicación de la exención por ley de las prohibiciones a una conducta colusoria o a un abuso de posición dominante realizada en aplicación de una ley exige, de conformidad con la doctrina establecida por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, el cumplimiento de los requisitos establecidos y la consistencia con la finalidad perseguida por la ley, pues sólo la consecución de esa finalidad justifica la exención.

### **3.5. La estructura de la organización institucional en materia de defensa de la competencia**

La nueva LDC ha sustituido el anterior modelo dual de órganos estatales competentes en materia de defensa de la competencia (p. ej., el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia) y, en especial, para la aplicación de las prohibiciones relativas a las conductas prohibidas, por un modelo institucional monista encarnado por la nueva Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC). La creación y existencia de la CNC se fundamenta en los principios de especialización técnica y de independencia, pues el primero expresa la atribución de determinadas potestades y competencias funcionales a esta entidad pública institucional con objeto de enfatizar su carácter profesional, específico y neutral, sustrayendo sus decisiones del oportunismo político, y el segundo denota la especial autonomía de aquella entidad respecto de la Administración Pública y en relación con el ejercicio de sus potestades y competencias para asegurar la finalidad perseguida con la especialización técnica y así garantizar la existencia de una competencia suficiente en el mercado y evitar, asimismo, que consideraciones políticas afecten a la asignación eficiente de los recursos en el mercado. Por otro lado, la opción por el nuevo modelo institucional monista obedece a la finalidad de reducir el coste que en términos de recursos públicos destinados a la protección de la competencia suponía la existencia del modelo orgánico dual anterior.

#### **3.5.1. La Comisión Nacional de la Competencia**

La CNC se configura como un organismo público, de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, y que, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, actúa en el ejercicio de sus funciones con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las administraciones públicas y sometimiento a la LDC y al resto del ordenamiento jurídico (art. 12.1 y 19.1 LDC).

El principio de independencia se revela en el régimen relativo a la composición o estructura de la CNC y también en el de los recursos contra las resoluciones o actos dictados por la misma. La CNC está estructurada en tres órga-

#### **Web recomendada**

El entorno web de la CNC se encuentra disponible en: <http://www.cncompetencia.es/>.

nos distintos: el presidente de la CNC, el Consejo de la CNC y la Dirección de Investigación (art. 20 LDC). El presidente de la CNC es nombrado por el Gobierno mediante real decreto a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio, previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, comparecencia que versa sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto (art. 29.1 LDC). El Consejo de la CNC está formado por el presidente de la CNC, que preside el Consejo de la CNC, y seis Consejeros (art. 33.1 LDC) nombrados de igual forma que el presidente de la CNC antes expuesto (art. 29.2 LDC).

Ahora bien, no es en el régimen de nombramiento de los miembros del Consejo de la CNC donde se garantiza la independencia de la CNC, sino en los elementos que configuran su estatuto; así, el mandato del presidente y de los Consejeros se establece en seis años y sin posibilidad de renovación (art. 29.3 LDC) y sólo pueden ser cesados en su cargo por las causas previstas en el artículo 30.1 LDC; entre las cuales únicamente la prevista en la letra f) y relativa a la separación acordada por el Gobierno podría comprometer la independencia; pero tanto la circunstancia a la que se vincula, consistente en el incumplimiento grave de los deberes de su cargo, como la necesidad de contar con la propuesta de tres quintas partes del Consejo de la CNC, refuerzan la independencia de la Comisión. Asimismo, el director de investigación, si bien es nombrado por el Gobierno mediante real decreto a propuesta del ministro de Economía y Hacienda, también se exige la previa aprobación por mayoría simple del Consejo de la CNC (art. 29.4 LDC), al igual que para su cese, que también se exige real decreto, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda, previa aprobación por mayoría simple del Consejo de la CNC (art. 30.2 LDC). Finalmente, la independencia de la CNC queda especialmente reforzada en el régimen de recursos contra las resoluciones y actos dictados por el Consejo de la CNC, pues contra éstos no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo puede interponerse recurso contencioso-administrativo (art. 48.1 LDC).

El principio de especialización técnica se refleja en todas aquellas disposiciones que establecen las funciones atribuidas a la CNC que, con carácter general, menciona el artículo 12.1 LDC, al disponer que la CNC es el órgano encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados así como de velar por la aplicación coherente de la LDC mediante el ejercicio de las funciones que se le atribuyen. En efecto, la CNC ejerce sus funciones en el ámbito de todo el territorio español y en relación con todos los mercados y sectores productivos (art. 12.2 LDC). Esas funciones son de naturaleza diversa, pues ostenta funciones de instrucción, resolución y arbitraje (art. 24 LDC), funciones consultivas (art. 25 LDC) y otras funciones (art. 26 LDC); funciones éstas que están distribuidas entre el presidente de la CNC (art. 32 LDC), el Consejo de la CNC (art. 34 LDC) y la Dirección de Investigación de la CNC (art. 35 LDC).

### 3.5.2. La Autoridad Catalana de la Competencia

En el ámbito autonómico de Cataluña las previsiones que con respecto a la competencia de la Generalitat de Cataluña, en materia de defensa y promoción de la competencia, contiene el nuevo artículo 154 del EAC y la reforma que en esta materia ha experimentado la normativa estatal han llevado a la aprobación de la *Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia* (en adelante, LACCO), que deroga la normativa anterior contenida en la *Ley 21/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas* y, sobre todo, en el *Decreto 222/2002, de 27 de agosto, por el cual se crean los órganos de defensa de la competencia de la Generalitat de Cataluña*, y, asimismo, sustituye el anterior modelo dual de órganos autonómicos competentes en materia de defensa de la competencia (p. ej., el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia y la Dirección General de Defensa de la Competencia), por un modelo institucional monista, encarnado por la nueva Autoridad Catalana de la Competencia (en adelante, ACCO).

La ACCO se configura como un organismo autónomo de carácter administrativo con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el ejercicio de sus funciones (art. 1.1 LACCO), que actúa con autonomía orgánica, financiera y funcional y con plena independencia de las administraciones públicas y sometimiento a la LACCO y al resto del ordenamiento jurídico (art. 1.3 LACCO). La composición o estructura de la ACCO y el régimen de los recursos contra sus actos o resoluciones también revelan la plasmación del principio de independencia en su disciplina. En efecto, la ACCO está estructurada en los tres órganos siguientes: el presidente de ACCO, el director general y el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (art. 4 LACCO).

El presidente de la ACCO es nombrado por el Gobierno a propuesta del consejero responsable de la política de promoción y defensa de la competencia, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio y experiencia en el ámbito de actuación de la ACCO (art. 5.1 LACCO), y el mismo régimen es aplicable al nombramiento del director general (art. 7.1 LACCO). El Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia es el órgano colegiado de la ACCO y está formado por el presidente de la ACCO, que lo preside (art. 6.1.i LACCO), por dos vocales, nombrados de igual forma que el presidente de la ACCO (art. 9.3 LACCO) y por el secretario General de la ACCO, con voz pero sin voto (art. 9.1 LACCO), nombrado por el consejero responsable de la política de promoción y defensa de la competencia a propuesta del presidente de la ACCO (art. 13.3 LACCO). Ahora bien, la independencia de la ACCO se revela también, aunque en menor grado que la CNC, en el estatuto aplicable a cada uno de los cargos referidos, pues el mandato del presidente de la ACCO, de los vocales del Tribunal Català de Defensa de la Competencia, que no tienen dedicación absoluta (art. 9.2 LACCO), y del general se establece en seis años sin posibilidad de renovación (art. 5.1, 7.1 y 9.3 LACCO) y sólo pueden ser cesados en su cargo por las causas enumeradas en el artículo 5.3 de la LACCO (art. 7.1 y 9.3 LACCO), entre las cuales, únicamente la prevista en la letra f) y

relativa al cese acordado por resolución administrativa firme podría comprometer su independencia, pero la circunstancia a la que se vincula, consistente en el incumplimiento grave de sus deberes, tiende a reforzar su independencia. Por último, el régimen de los recursos susceptibles de interponer para impugnar los actos y resoluciones de la ACCO dictados por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, al admitir únicamente la interposición de recurso contencioso administrativo (art. 3.1 LACCO en relación con el art. 48.1 LDC), garantiza de forma especial la independencia de la ACCO. No obstante, es preciso destacar, por lo que supone de menoscabo de la independencia de la ACCO, aunque materialmente limitado, que el artículo 1.4 de la LACCO otorga al departamento responsable de la política de promoción y defensa de la competencia las potestades de participar en el establecimiento de las directrices de la ACCO y de ejercer el control de eficacia y de eficiencia con respecto a la actividad de aquélla derivada del ejercicio de las funciones de realizar estudios sobre sectores y mercados en materia de competencia (art. 8.1.c 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> LACCO).

Por otra parte, la especialización técnica de la ACCO se manifiesta con carácter general en el artículo 2.1 de la LACCO al disponer que constituye su objetivo garantizar, mejorar y promover las condiciones de libre competencia y transparencia de los mercados respecto a las actividades económicas que se ejercen en Cataluña y, en especial, de acuerdo con el artículo 2.3, de las que alteren o puedan alterar la libre competencia. Pero la especialización técnica también se manifiesta en todas las disposiciones que establecen las funciones de la ACCO centradas en la instrucción y resolución de los procedimientos en materia de defensa de la competencia y, en el ámbito de la promoción de la competencia, las funciones de informes de regulación, de análisis de los sectores económicos y, finalmente, las funciones de arbitraje (art. 2.4, 6, 8 y 10 LACCO).

### 3.6. El procedimiento sancionador y medidas cautelares

El procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la LDC es un procedimiento administrativo especial de carácter sancionador, regido por las disposiciones de la LDC (art. 49 a 54) y del RLDC (art. 25 a 41) y supletoriamente por la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (art. 45 LDC). El procedimiento se desarrolla en dos fases sucesivas: la fase de instrucción, encomendada a la Dirección de Investigación (art. 20.c) LDC), y la fase de resolución atribuida al Consejo de la CNC (art. 20.b) LDC) o a los correspondientes órganos autonómicos competentes; y, en todo caso, se establece un plazo máximo de dieciocho meses, a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo, para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento (art. 36.1 LDC), pues el transcurso del plazo máximo determina la caducidad del mismo y, por tanto, su terminación (art. 38.1 LDC).

El procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas se inicia de oficio por acuerdo de la Dirección de Investigación bien por propia iniciativa, o bien por iniciativa del Consejo de la CNC, o como consecuencia de denuncia (art. 49.1 LDC y 25.1 RLDC). La denuncia de los hechos que pudieran constituir una conducta prohibida es pública y debe presentarse en la forma y con el contenido determinado (art. 25.2 RLDC). El carácter público de la denuncia comporta que cualquier persona física o jurídica, interesada o no, puede poner en conocimiento de la Dirección de Investigación la existencia de esos hechos. Este carácter se justifica por la naturaleza pública del interés en garantizar y proteger una competencia suficiente. En cualquier caso, ni la iniciativa del Consejo de la CNC ni la denuncia vinculan a la Dirección de Investigación para iniciar el procedimiento, salvo cuando se observen indicios racionales de la existencia de las conductas prohibidas (art. 49.1 *in fine* LDC). No obstante, ante la noticia de la posible existencia de una infracción, y con anterioridad a la iniciación del procedimiento, la Dirección de Investigación puede realizar, mediante las correspondientes investigaciones, una información reservada con el objeto de determinar si concurren indicios racionales de la existencia de las conductas prohibidas (art. 49.2 LDC). En el caso de que aquellos indicios no existan, el Consejo de la CNC, a propuesta de la Dirección de Investigación, está facultado para acordar no iniciar el procedimiento y el archivo de las actuaciones (art. 49.3 LDC).

El inicio del procedimiento sancionador permite que en cualquier momento sean adoptadas las medidas cautelares necesarias que tiendan a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte (art. 54 LDC). La adopción de medidas cautelares durante la fase de instrucción sólo puede proponerla al Consejo de la CNC la Dirección de Investigación, bien de oficio, o bien a instancia de los interesados (art. 41.1 RLDC), y durante la fase de resolución por los propios interesados, en cuyo caso el Consejo de la CNC debe solicitar informe sobre su procedencia a la Dirección de Investigación (art. 41.2 RLDC). El Consejo de la CNC debe oír a los interesados y resolver sobre la procedencia de las medidas (art. 41.3 RLDC).

La LDC no menciona ninguna medida cautelar concreta, pero el artículo 40 del RLDC enumera diversas clases (órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas y fianza de cualquier clase), pero puede adoptarse cualquier otra siempre que resulte necesaria para cumplir su finalidad. Los únicos límites son que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales (art. 40.2 LDC). El acuerdo de adopción de medidas cautelares no es recurrible por vía administrativa y sólo puede interponerse recurso contencioso administrativo (art. 48 LDC). El Consejo de la CNC con el fin de constreñir el cumplimiento de las medidas acordadas, puede imponer multas coercitivas (art. 67.g LDC y 41.6 RLDC). El Consejo de la CNC puede, de oficio o a instancia de los interesados y previo informe de la Dirección de Investigación, ante circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas en el tiempo de su adopción, acordar la modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares (art. 41.4 RLDC). En cualquier caso, las medidas cesan cuando el Consejo de la CNC dicta la resolución que pone fin al procedimiento (art. 41.5 RLDC).

El acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador da lugar a la apertura de la fase de instrucción del expediente y fija la fecha para el cómputo del plazo máximo de doce meses de duración de esta fase (art. 28.4 LDC). El acuerdo de inicio debe formalizarse con el contenido mínimo reglamentariamente establecido (art. 28.1 RLDC) y ha de ser notificado a los interesados; se debe también dar traslado de una copia de la denuncia a los denunciados (art. 28.2 RLDC). Una vez incoado el expediente, en cualquier momento los interesados pueden aducir las alegaciones que consideren convenientes (art. 32.2 RLDC) y la Dirección de Investigación ha de practicar los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades (art. 50.1 LDC y 32.1 RLDC). A estos efectos, la LDC otorga a la CNC un conjunto de facultades de inspección e investigación para situarla en condiciones de cumplir con la función de instruir el expediente. En primer lugar y con carácter general, se establece un deber de colaboración de todas las personas con la CNC, a la que, previo requerimiento, deberán proporcionar todos los datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar ne-

cesarias para la aplicación de la LDC (art. 39 LDC); se pueden imponer multas coercitivas para constreñir al cumplimiento de este deber (art. 67.f LDC). En segundo lugar, también con carácter general, dispone que el personal de la CNC debidamente autorizado por el director de investigación puede realizar las inspecciones necesarias (art. 40.1 LDC). En tercer lugar y ya con carácter más concreto, el artículo 40.2 de la LDC prevé una enumeración de las facultades de inspección del mismo.

Los actos de instrucción finalizan con la formulación del pliego de concreción de hechos, en el que se recogen los hechos que puedan ser constitutivos de infracción. Éste se notifica a los interesados para que puedan formular las alegaciones que crean convenientes y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes (art. 50.3 LDC y 33.1 RLDC). Una vez recibidas las alegaciones y practicadas las pruebas o, en su caso, transcurrido el plazo de quince días, la Dirección de Investigación procede al cierre de la fase de instrucción del procedimiento sancionador, y lo notifica a los interesados con el fin de redactar un informe que contendrá la propuesta de resolución (arts. 50.4 LDC y 33.1 RLDC) con el contenido reglamentariamente previsto (art. 34.1 RLDC). La propuesta de resolución se notifica a los interesados para que hagan las alegaciones que tengan por convenientes. Una vez transcurrido el plazo para formular las referidas alegaciones e instruido el expediente, la Dirección de Investigación lo eleva al Consejo de la CNC acompañado del informe que incluye la propuesta de resolución (art. 50.5 LDC y 34.2 RLDC).

Una vez recibido el expediente instruido junto con el informe elaborado por la Dirección de Investigación, hechos que abren la fase de resolución cuya duración no puede exceder de seis meses, el Consejo de la CNC puede acordar la práctica de pruebas y actuaciones complementarias por la Dirección de Investigación (art. 51.1 y 51.2 LDC y 36.1, 36.2 y 36.3 RLDC); en especial, cuando estime que la existencia de conductas prohibidas no ha quedado suficientemente acreditada en el informe (art. 50.4 LDC y 36.4 RLDC). Asimismo, a propuesta de los interesados, el Consejo de la CNC puede acordar la celebración de vista cuando la considere adecuada para el análisis o enjuiciamiento de las pretensiones objeto del expediente (art. 50.3 LDC y 19 y 37.2 RLDC).



El Consejo de la CNC, una vez concluidas las actuaciones, dicta la correspondiente resolución (art. 51.5 LDC) que, con el contenido reglamentariamente establecido (art. 38.1 RLDC), puede declarar: a) la existencia de una conducta prohibida; b) la existencia de conductas de menor importancia, y c) que la existencia de conductas prohibidas no ha resultado acreditada (art. 53.1 LDC y 38.2 RLDC). La resolución que declare la existencia de una conducta prohibida puede, además, contener: a) la orden de cesación de la conducta prohibida en un plazo determinado; b) la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento; c) la orden de remoción de los efectos que la conducta prohibida haya causado, y d) la imposición de multas en concepto de sanción (art. 53.2 LDC y 38.3 RLDC).

El Consejo de la CNC es el único órgano competente para ejercer la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 62 LDC y, en concreto, las infracciones graves previstas en las letras a), b) y c) del apartado tercero, y las infracciones muy graves contenidas en las letras a) y b) del apartado cuarto del mismo artículo con respecto a la violación de las prohibiciones establecidas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC. Las sanciones que por la comisión de las referidas infracciones puede imponer el Consejo de la CNC son de naturaleza económica y también están tipificadas en el artículo 63 de la LDC en función de la gravedad de la infracción, pues consisten en multas de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora, en el caso de la comisión de infracciones graves (art. 63.1.b LDC), y de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora, en el caso de la comisión de infracciones muy graves (art. 63.1.c LDC); y si no fuera posible determinar el volumen de negocios, las infracciones se sancionan en los términos previstos en el artículo 63.3 LDC. En la fijación concreta del importe de la multa el Consejo de la CNC debe tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64.1 LDC; entre los que figuran las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en los apartados segundo y tercero del mismo artículo. En fin, en el caso de que la empresa infractora sea una persona jurídica, es posible imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o directivos (art. 63.2 LDC).

En materia sancionadora destaca el nuevo régimen de clemencia contenido en los artículos 65 y 66 de la LDC. Consiste o bien en la exención del pago, o bien en la reducción del importe de la multa, y que, con antecedentes en la legislación *antitrust* norteamericana y más recientemente en el ámbito de la Unión Europea (comunicación de la Comisión de 19 de febrero de 2002, relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel), persigue establecer incentivos para que las empresas infractoras colaboren con la CNC, y, de este modo reducir los costes que impone el descubrimiento de las conductas prohibidas y aumentar las probabilidades de su detección, evitando asimismo la prolongación del coste social que és-

tas imponen. El presupuesto que habilita a una empresa o persona física para que pueda disfrutar de la exención del pago de la multa que la CNC hubiera podido imponerles es que sea la primera en aportar elementos de prueba que permitan ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cartel (art. 65.1.a LDC) o bien que sea la primera en aportar elementos de prueba que permitan comprobar una infracción del artículo 1 de la LDC en relación con un cartel (art. 65.1.b LDC). La delimitación del ámbito objetivo a un tipo concreto de conducta colusoria como es el cartel, definido a los efectos de la LDC en el apartado segundo de su disposición adicional cuarta, explica por qué son éstas las conductas más perjudiciales para la competencia y su detección es más costosa. No obstante, la empresa infractora o la persona física que soliciten la exención del pago de la multa deben cooperar plena, continua y diligentemente con la CNC (art. 52 RLDC); poner fin a su participación en la presunta infracción; no haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención, y no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción (art. 65.2 LDC).

Si una empresa infractora o una persona física no pudiera beneficiarse de la exención del pago de la multa, la LDC prevé la posibilidad de que se beneficien de una reducción del importe de la multa que la CNC hubiera podido imponerles, siempre que concurra el presupuesto que les habilita para disfrutarla, que consiste en que faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la CNC (arts. 66.1 a) LDC y 49 RLDC). El porcentaje de reducción del importe de la multa se calcula en función del orden temporal de aportación de los elementos de prueba de la presunta infracción, de modo que la primera en aportarlos puede beneficiarse de una reducción de entre el 30% y el 50%; la segunda, de entre el 20% y el 30%, y las sucesivas hasta el 20% (art. 66.2 LDC). En cualquier caso, para que las empresas infractoras o las personas físicas puedan beneficiarse de la reducción del importe de la multa que soliciten deben cooperar plena, continua y diligentemente con la CNC (art. 52 RLDC); poner fin a su participación en la presunta infracción y no haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención (art. 66.1.b LDC).

El procedimiento de exención del pago de la multa o de reducción del importe de la multa en los casos descritos se inicia mediante la presentación de la correspondiente solicitud ante la Dirección de Investigación (art. 46.1 y 50.1 RLDC) por parte de la empresa o persona física que haya participado en el cartel. La solicitud formal, verbal (art. 46.2 y 50.1 *in fine* RLDC) o abreviada de exención (art. 48 RLDC) ha de ir acompañada de toda la información reglamentariamente establecida (art. 46.3 y 50.1 RLDC) y de los elementos de prueba de que disponga el solicitante. La Dirección de Investigación examina la información y los elementos de prueba presentados y, si cumplen las condiciones del artículo 65.1 LDC, acuerda la exención condicional del pago de la multa, notificándolo al solicitante (art. 47.1 RLDC). En la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, el Consejo de la CNC concede al so-

licitante la exención del pago de la multa siempre que aquél hubiese cumplido los requisitos establecidos en el artículo 65.2 de la LDC (art. 47.4 RLDC). En cuanto a la reducción del importe de la multa, la Dirección de investigación, como muy tarde en el momento de notificar el pliego de concreción de hechos, comunica a los solicitantes su propuesta al Consejo de la CNC sobre la reducción del importe de la multa por cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 66.1 LDC (art. 50.5 RLDC). Asimismo, la Dirección de Investigación debe incluir su propuesta de reducción del importe de la multa en la propuesta de resolución (art. 50.6 RLDC). Finalmente, corresponde al Consejo de la CNC fijar el porcentaje de reducción aplicable en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador (art. 50.7 RLDC).

Por último, también se prevé la posibilidad de evitar la sanción mediante la terminación convencional o por convenio del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas, siempre que los presuntos infractores propongan a la CNC compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia, derivados de las conductas objeto del expediente, y quede garantizado suficientemente el interés público (art. 52.1 LDC). Las actuaciones que tienden a la terminación convencional se inician por acuerdo de la Dirección de Investigación; acuerdo que puede adoptarse en cualquier momento del procedimiento sancionador previo a la elevación del informe propuesta y previa presentación por los presuntos infractores de la correspondiente solicitud de terminación convencional (art. 39.1 RLDC). El acuerdo de inicio debe ser notificado a los interesados y los presuntos infractores han de presentar su propuesta de compromisos en el plazo que la Dirección de Investigación fije en aquel acuerdo (art. 39.2 RLDC), y ésta debe remitir la propuesta de compromisos a los demás interesados para que puedan formular las alegaciones que crean convenientes (art. 39.4 RLDC). La Dirección de Investigación eleva al Consejo de la CNC la propuesta de terminación convencional, y éste puede, en la misma resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, resolver el expediente sancionador por terminación convencional, estimando adecuados los compromisos presentados, momento a partir del cual son vinculantes y surten plenos efectos (art. 52.2 LDC), o resolver que los compromisos presentados no son adecuados (art. 39.5 RLDC). El incumplimiento de los compromisos contenidos en la resolución está tipificado como una infracción muy grave (art. 62.4.c LDC) sancionable con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora (art. 63.1.c LDC), y, asimismo, puede determinar la imposición de multas coercitivas (art. 67.d LDC) y, en su caso, la apertura del correspondiente procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas.

La resolución del Consejo de la CNC con el contenido referido debe notificarse a los interesados (art. 36.1 LDC y 11 RLDC), quienes pueden interponer recurso contencioso administrativo en los términos previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 48.1 LDC), y publicarse en la página web de la CNC (art. 27.1.a LDC y 23 RLDC). La vigilancia del cumplimiento y ejecución de las resoluciones del Consejo

de la CNC corresponde a la Dirección de Investigación (art. 41.1 LDC y 42.2 RLDC). El incumplimiento de lo establecido en la resolución está tipificado como una infracción muy grave (art. 62.4.c LDC) sancionable con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora. Para asegurar el cumplimiento de las mismas el Consejo puede imponer multas coercitivas (art. 67.e LDC y 42.5 RLDC).

### **3.7. La acción de indemnización de daños y perjuicios**

Las empresas que llevan a cabo alguna de las conductas prohibidas no solamente deben hacer frente a las sanciones administrativas antes expuestas, sino también a las indemnizaciones que deban satisfacer en el caso de que sean estimadas las demandas en las que los perjudicados por las mismas ejerciten la correspondiente acción de indemnización de daños y perjuicios ante los juzgados de lo mercantil, en virtud de la competencia objetiva que en esta materia les ha sido atribuida (DA 1.ª LDC y art. 86, ter 2.f) LOPJ). La función de esta acción es exclusivamente indemnizatoria, y, por tanto, no se puede afirmar que se trate de un instrumento más establecido para la prevención y sanción de las conductas prohibidas, pues en el sistema de la LDC la función de prevención y sanción es, en principio, pública, ya que, como hemos visto, la aplicación de la ley está atribuida a unos órganos especializados de la Administración Pública. Ahora bien, tampoco puede negarse que el incremento de las demandas de indemnización de los daños y perjuicios causados por la realización de conductas prohibidas conlleva un nada despreciable efecto preventivo para las empresas que pretendan llevarlas a cabo, dado que éstas sólo las realizarán cuando el beneficio que puedan obtener con las mismas exceda del importe resultante de la suma de las cantidades que, en su caso, deban satisfacer en concepto de sanción administrativa y de indemnización de daños y perjuicios.

#### **Un sistema público de prevención de las conductas prohibidas**

La opción por un sistema de prevención de las conductas prohibidas fundamentalmente administrativo y, por tanto, público, frente a uno exclusivamente privado y fundado en el ejercicio de acciones de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por esas conductas, se puede explicar por razones derivadas del entorno cultural, de derecho comparado y de la naturaleza pública del interés tutelado, pero también de naturaleza económica. En efecto, el sistema que dejase en manos de los particulares el ejercicio de las acciones *antitrust* no produciría un nivel adecuado de prevención, porque el coste de adquisición de la información necesaria para perseguir una conducta prohibida es, en los casos difíciles, superior a los beneficios que en concepto de indemnización de los daños y perjuicios podrían obtenerse individualmente y, además, ni siquiera privaría a los infractores de todos los beneficios derivados de la realización de una conducta prohibida.

Las razones expuestas permitían explicar la condición de procedibilidad que el artículo 13.2 de la derogada LDC imponía para el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios y consistente en el carácter firme, tanto en vía administrativa, como jurisdiccional, de la resolución que declaraba la existencia de la conducta prohibida; pues esa condición evitaba la multiplicación de los costes que supone la posibilidad de que la constatación de las infracciones pudieran realizarla también los órganos jurisdiccionales que conocieran la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Resulta claramente racional establecer esa condición de procedibilidad una vez efectuada la opción por asumir, colectivamente, mediante un sistema administrativo, el coste de la persecución de las conductas prohibidas.

Sin embargo, la nueva LDC ha eliminado esa condición de procedibilidad y ha atribuido a los juzgados de lo mercantil la competencia objetiva para conocer cuantas cuestiones sean de competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC y también de los artículos 81 y 82 del TCCE (hoy artículos 101 y 102 TFUE), y, por tanto, los juzgados de lo mercantil pueden conocer las demandas fundadas en la realización de una conducta prohibida con carácter anterior, simultáneo o posterior a los órganos administrativos competentes, y de ahí también el necesario establecimiento de los mecanismos de cooperación entre éstos, que hemos referido en el apartado 4.2 anterior. Sólo cabe esperar que la racionalidad de este nuevo escenario normativo se halle en que los costes que el mismo supone, en los términos antes señalados, sean compensados por la reducción de los costes que imponen las conductas prohibidas y que, como consecuencia del efecto preventivo adicional de las acciones de indemnización de los daños y perjuicios, no se lleven a la práctica.

Aún así, el nuevo régimen no deja de plantear problemas adicionales, como son el relativo al necesario establecimiento de una sanción óptima que desincentive la práctica de las conductas prohibidas; sanción que, en términos generales, equivale al importe del coste social que las conductas prohibidas imponen, dividido por las probabilidades de su detección, y que debería reflejarse en el importe de las sanciones administrativas antes analizadas; pues si esto es así, y debería ser, el riesgo adicional de hacer frente a una indemnización de los daños y perjuicios produce un efecto de sobreprevención que desincentiva la realización de conductas prohibidas eficientes porque el coste marginal de las empresas que la llevan a cabo es inferior al de las empresas competidoras. Asimismo, el nuevo régimen supone un desincentivo para que las empresas hagan uso del régimen de clemencia cifrado en la exención del pago de la multa o la reducción del importe de la misma, pues la obtención de estos beneficios no les evita el riesgo de tener que hacer frente al pago de las indemnizaciones correspondientes por los daños y perjuicios que la conducta prohibida hubiese ocasionado.

Con todo, la racionalidad presente en el artículo 13.2 de la derogada LDC permanece en el artículo 25.c de la vigente LDC, pues en él se continua previendo que, cuando sea requerido por el órgano judicial competente, la Comisión Nacional de la Competencia dictaminará sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, pues también con ello se evitan los costes de multiplicar el análisis de las consecuencias perjudiciales de las conductas prohibidas.

Los presupuestos de la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios por la realización de una conducta prohibida que debe acreditar el demandante son, de acuerdo con la doctrina general sobre la responsabilidad civil, la existencia de la conducta prohibida, que el autor o autores de la misma actuaron en su realización con culpa o dolo, los daños y los perjuicios padecidos y la relación de causalidad entre éstos y la conducta prohibida.

Los daños se refieren a las pérdidas directamente producidas por la conducta prohibida y los perjuicios, a los beneficios dejados de obtener por la misma causa. La naturaleza de la acción ejercitada está en función de la posición que el demandante tuviera con respecto al operador económico demandado, ya que los perjudicados por una conducta prohibida pueden ser cualquier persona, física o jurídica, y, por tanto, no sólo los competidores o consumidores del infractor, sino también sus clientes y otras personas sin relación directa con el mismo. En cada caso habrá, pues, que determinar el carácter contractual o extracontractual de la acción ejercitada y, consecuentemente, los correspondientes plazos de prescripción de la misma.

Finalmente, conviene destacar el interés especial que reviste la posibilidad del ejercicio de la acción de responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados por una conducta prohibida por parte de los grupos de consumidores o usuarios perjudicados por la conducta prohibida (arts. 6.1, 7.º y 11, LEC), pues con esta posibilidad es posible compensar el coste que conlleva el ejercicio de esta acción con el importe del conjunto de las indemnizaciones que, en su caso, otorgue una sentencia condenatoria; resultado que, por el contrario, es difícil que se produzca cuando la acción se ejercita individualmente; lo que seguramente explica la escasa utilización de que ha sido objeto hasta ahora.

### **3.8. El control de las concentraciones económicas**

Las concentraciones económicas relevantes para el derecho de defensa de la competencia son todas las que comportan un cambio estable de la estructura del control de la totalidad o parte de una o varias empresas que participan en una operación de concentración (art. 7.1 LDC). La noción de operación de concentración es una categoría que comprende una pluralidad de operaciones de naturaleza diversa (p. ej., fusiones, adquisición de participaciones, etc. -cfr., art. 7.1 LDC-). En todo caso el elemento decisivo para que la operación de concentración sea relevante desde la perspectiva *antitrust* es que uno o más operadores económicos partícipes en la operación adquieran el control estable sobre otro u otros operadores económicos que también formen parte en la operación.

La noción de control relevante a estos efectos se fija en el artículo 7.2 de la LDC en los términos siguientes: existe control cuando exista la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa, bien como consecuencia de la celebración de contratos o la adquisición de derechos sobre el capital o los activos de la empresa, o bien por cualquier otro medio. En todo caso, se considera que dicho control existe cuando se den los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

La razón que justifica el control de las operaciones de concentración económica no es evidente. La dimensión o el tamaño que puede llegar a tener un operador económico en el mercado al desarrollar sus actividades no es objeto de control por el derecho de defensa de la competencia. Esta ausencia de control sobre el aumento del tamaño de los operadores económicos, alcanzado mediante el desarrollo de su propia actividad empresarial, está plenamente justificado porque sólo puede ser el resultado de su mayor eficiencia. En cambio,

cuando el aumento del tamaño de un operador económico en el mercado es el resultado de una operación de concentración, las consecuencias pueden ser o bien una limitación de la competencia, o bien, única o simultáneamente, un aumento de la eficiencia. Esta pluralidad y diversidad de consecuencias explican y justifican el control de las operaciones de concentración y también el criterio sustantivo para su evaluación contenido en el artículo 10.1 de la LDC, y consistente en la posible obstaculización que la concentración evaluada pueda producir en el mantenimiento de una competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional.

La limitación de la competencia como consecuencia de una operación de concentración no puede producirse cualquiera que sea la dimensión que por este medio alcance un operador económico. La dimensión alcanzada debe situarlo en una posición en el mercado que le confiera cierta independencia en su comportamiento. Esto explica que no todas las operaciones de concentración queden sujetas a control, sino únicamente las que superan determinados umbrales.

En el derecho español de defensa de la competencia los umbrales son: a) que como consecuencia de la operación se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en el mercado geográfico definido dentro del mismo; b) que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 60 millones de euros (art. 8.1 LDC y 4 y 5 RLDC).

Ahora bien, las operaciones de concentración que cumplan los referidos umbrales pero que simultáneamente tengan dimensión comunitaria no quedan sujetas a la disciplina de la LDC, sino a la del Reglamento (CEE) n.º 139/2004 del Consejo de 20 de enero, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (art. 8.2 LDC).

El control de las operaciones de concentración económica que resulten sujetas según los umbrales establecidos se realiza mediante un procedimiento especial de carácter administrativo cuyo régimen está, fundamentalmente, establecido en la propia LDC (art. 55 a 60 LDC) y en el RLDC (art. 54 a 71 RLDC). El control se plasma en la obligación de notificar la concentración económica y obtener la correspondiente autorización administrativa previa a la ejecución

de la operación de concentración (art. 9.1 y 9.2 LDC). El incumplimiento de esta obligación es sancionada con una multa de hasta el 1% del volumen de negocios en España (art. 62.2.a, 62.2.b y 63.1.a).

Con objeto de que los operadores económicos puedan saber con antelación al cumplimiento de la obligación de notificación si realmente están sujetos a la misma, el artículo 55.2 de la LDC (art. 59 RLDC) prevé la posibilidad de que formulen una consulta ante la CNC sobre si una determinada operación es una concentración, según el concepto previsto en el artículo 7 de la LDC, o si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria, de acuerdo con el artículo 8 LDC. Asimismo, la Dirección de Investigación de la CNC, ante el conocimiento de la posible existencia de una concentración sujeta a control, puede realizar actuaciones previas con el fin de determinar, con carácter preliminar, si concurren las circunstancias para la notificación obligatoria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 LDC (art. 55.3 LDC).

El procedimiento de control de concentraciones económicas se estructura en dos fases sucesivas. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del Consejo de la CNC en la primera fase es de un mes (art. 36.2.a LDC), transcurrido el cual se produce la estimación de la correspondiente solicitud de autorización por silencio administrativo (art. 38.2 LDC). En la segunda fase el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del Consejo de la CNC es de dos meses; transcurrido el cual también se produce la estimación de la correspondiente solicitud de autorización por silencio administrativo. El inicio de la primera fase se produce como consecuencia del cumplimiento de la obligación de notificar la operación ante la Dirección de Investigación de la CNC y de acuerdo con el formulario, ordinario o abreviado (art. 56 LDC y 56 y 57 RLDC), establecido (art. 55.1 y 57.1 LDC y 62.1 RLDC). La notificación debe presentarse conjuntamente por todas las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas (art. 9.4.a LDC) e, individualmente, la parte que adquiera el control exclusivo sobre la totalidad o parte de una o varias empresas (art. 9.4.b LDC).

Ahora bien, ante una operación de concentración sujeta a control y que no ha sido notificada, la CNC debe, de oficio, requerir a las partes para que efectúen la notificación en un plazo no superior a veinte días (art. 9.5.I LDC) y, además, éstas concentraciones notificadas a requerimiento de la CNC no se pueden beneficiar de la estimación de la solicitud de autorización por silencio administrativo (art. 9.5.II LDC). Finalmente, en el caso referido, una vez transcurrido el plazo sin que se haya producido la notificación, la Dirección de Investigación puede iniciar de oficio el procedimiento de control (art. 9.5.III LDC). Una vez iniciado el procedimiento, la CNC puede requerir en cualquier momento a la parte notificante para que, en un plazo de diez días, aporte documentos u otros elementos necesarios para resolver. En caso de que el notificante no cumplimente el requerimiento o lo haga fuera del plazo establecido al efecto,



no se podrá beneficiar de la estimación de la solicitud de autorización por silencio administrativo (art. 55.5 LDC). Igualmente, en cualquier momento del procedimiento, el notificante puede, mediante escrito motivado en el que debe exponer los perjuicios que puede causar la suspensión a la concentración, solicitar el levantamiento de la suspensión, total o parcial, de la ejecución de la concentración que, en su caso, es acordado, previa ponderación, entre otros factores, del perjuicio que causaría la suspensión de la ejecución a las empresas partícipes en la concentración, y del que la ejecución de la operación causaría a la libre competencia, por el Consejo de la CNC a propuesta de la Dirección de Investigación (art. 9.6 LDC y 58 RLDC).

Una vez iniciada la primera fase del procedimiento de control la Dirección de Investigación procede al análisis de la concentración y debe formular un informe y una propuesta de resolución basada en ese informe, que debe elaborar atendiendo a los criterios de valoración sustantiva establecidos en el artículo 10.1 LDC (art. 57.1 LDC y 67.1 RLDC). Una vez concluido, debe elevarlo, junto con la propuesta de resolución, al Consejo de la CNC; el cual debe, basándose en los mismos, dictar la resolución: a) autorizando la concentración; b) subordinando la autorización de la concentración al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes (*ex art.* 59 LDC); c) acordar la remisión de la concentración a la Comisión Europea y el archivo de la notificación; d) acordar el archivo de las actuaciones (art. 44 LDC); e) acordar iniciar la segunda fase del procedimiento de control cuando considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional (art. 57.2 LDC).

Si el Consejo de la CNC acuerda iniciar la segunda fase del procedimiento de control, la Dirección de Investigación debe elaborar una nota sucinta sobre la concentración que hará pública en la página web de la CNC, con objeto de que las personas afectadas puedan presentar alegaciones (art. 58.1.I LDC y 65.1 y 65.2 RLDC) y, asimismo, en el supuesto de que la concentración incida de forma significativa en el territorio de una comunidad autónoma, la Dirección de Investigación tiene que solicitar informe preceptivo, no vinculante, a la comunidad autónoma afectada (art. 58.1.II LDC y 65.3 RLDC). En esta segunda fase la Dirección de Investigación debe elaborar un pliego de concreción de hechos en el que se recogen los posibles obstáculos a la competencia derivados de la concentración, y que, previa comunicación al Consejo de la CNC, debe notificar a los interesados (art. 58.2 LDC y 65.4 RLDC), los cuales pueden formular alegaciones al mismo (art. 58.3 LDC y 67.1 RLDC).

En cualquier momento, hasta doce días después de ser notificado el pliego de concreción de hechos, el notificante puede solicitar al Consejo de la CNC la celebración de una vista, y el Consejo de la CNC debe notificar al resto de interesados la solicitud de vista del notificante o su consideración de celebrar vista para el análisis o enjuiciamiento de las pretensiones objeto del expediente, para que puedan manifestar su voluntad de asistir (art. 58.3 LDC y 68 RLDC) En su caso, una vez celebrada la vista, se entiende concluido el trámite

de audiencia, y la Dirección de Investigación tiene que elevar la propuesta de resolución definitiva que debe haber formulado al Consejo de la CNC (art. 58.4 LDC) para que dicte una resolución en la que puede:

- a) autorizar la concentración;
- b) subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes (*ex art. 59 LDC*);
- c) prohibir la concentración;
- d) acordar el archivo de las actuaciones (art. 58.4 y 44 LDC). La resolución del Consejo de la CNC debe comunicarse al Ministerio de Economía y Hacienda y notificarse a los interesados.

No obstante, las resoluciones que prohíban la concentración o que subordinen la autorización al cumplimiento de compromisos no son eficaces y ejecutivas hasta que el Ministro de Economía y Hacienda haya resuelto no elevar la concentración al Consejo de Ministros, o haya transcurrido el plazo de quince días previsto para ello, o hasta que el Consejo de Ministros haya adoptado un acuerdo sobre la concentración que confirme la resolución del Consejo de la CNC, o haya transcurrido el plazo de un mes para ello establecido (art. 58.6, 38.4, y 60.4 LDC). En estos casos y cuando el Ministro de Economía y Hacienda resuelva, por razones de interés general, elevar la decisión al Consejo de Ministros (art. 60.1 LDC y 70 rLDC), debe comunicarlo al Consejo de la CNC y notificarlo a los interesados (art. 60.2 LDC). Finalmente, el Consejo de Ministros puede confirmar la resolución dictada por el Consejo de la CNC o acordar autorizar la concentración, con o sin condiciones, en cuyo caso el acuerdo debe motivarse en razones de interés general distintas de la defensa de la competencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.4 LDC (art. 60.3 LDC). La potestad que se otorga al Consejo de Ministros de autorizar una concentración prohibida por el Consejo de la CNC, o de autorizarla modificando las condiciones impuestas por aquél basándose en los criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia previstos en el artículo 10.4 LDC, le confiere un poder indiscutible para el ejercicio de la política industrial.

### **3.9. El control de las ayudas públicas**

La nueva LDC no contiene una definición de las ayudas públicas, pero reproduciendo la que establecía en términos similares a como ya lo había hecho la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria (artículo 19.2 de la derogada LDC), éstas pueden consistir en aportaciones de recursos con cargo a fondos públicos; o en la concesión de cualquier otra ventaja por los poderes públicos que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos, públicos o privados o las producciones, en

condiciones de mercado; o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado, y cualesquiera otras medidas de efecto equivalente que distorsionen la competencia.

Las ayudas públicas, al proporcionar a los operadores económicos que las reciben una ventaja frente a sus competidores que no es producto de su propia eficiencia, producen una distorsión de la competencia, y por ello resulta necesario y justificado que para garantizar una competencia suficiente estén sujetas a algún género de control. Este control, que es especialmente riguroso en el derecho comunitario -pues parte de la regla general de su incompatibilidad con el mercado común y, por tanto, de su prohibición en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los estados miembros y falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones-, no lo es en absoluto en nuestro ordenamiento, ya que las facultades que se atribuyen a los órganos de defensa de la competencia en esta materia no permiten una verdadera fiscalización de las ayudas públicas, ya que no pasan de ser meras funciones de información y propuesta.

El sistema de control de las ayudas públicas en nuestro ordenamiento se despliega del siguiente modo. La CNC puede analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de competencia efectiva en los mercados (art. 11.1 LDC y 7.3 RLDC), emitiendo a tal efecto informes respecto a los regímenes de ayudas y ayudas individuales (art. 11.1.a LDC) y dirigiendo a las administraciones públicas propuestas que conducen al mantenimiento de la competencia (art. 11.1.b LDC). La CNC puede actuar de oficio o a instancia de cualquier administración pública (art. 11.1 LDC 7.2 RLDC) y, en virtud del artículo 25.e LDC, también a instancia de los colegios profesionales, las cámaras de comercio y las organizaciones empresariales o de consumidores y usuarios.

Para que la CNC pueda realizar los referidos informes y propuestas, el órgano responsable de la notificación a la Comisión Europea (p. ej., el Gobierno del estado miembro, art. 9.1 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; art. 10.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre), y Real Decreto 1755/1987, de 23 de diciembre) debe comunicarle:

- a) los proyectos de ayudas públicas incluidos en el ámbito de aplicación de los artículos 87 y 88 del TCE;
- b) las ayudas públicas concedidas al amparo de reglamentos comunitarios de exención;

c) los informes anuales sobre todos los regímenes de ayudas públicas existentes recogidos en el artículo 21 del Reglamento n.º 659/1999 del Consejo de 22 de marzo (art. 11.3 LDC). Sin perjuicio de los deberes de información referidos, la CNC puede requerir cualquier información sobre los proyectos y las ayudas concedidas por las administraciones públicas (art. 11.4 LDC y 7.1 RLDC).

Además, la Comisión Nacional de la Competencia debe emitir un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España que tendrá carácter público tras su envío al Ministerio de Economía y Hacienda y a la Comisión de Economía del Congreso de Diputados (art. 11.2 y 27.3.b LDC). Asimismo, los órganos de defensa de la competencia de las comunidades autónomas pueden elaborar informes sobre las ayudas públicas concedidas por las administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial (art. 11.5 LDC). Estos informes autonómicos han de ser remitidos a la CNC para su incorporación al informe anual.

## 4. El derecho de defensa de la competencia en la Unión Europea

La Unión Europea encuentra sus orígenes en la creación de la Comunidad Económica Europea en 1957, que, con el fin de alcanzar una serie de objetivos (antiguo art. 2 TCE), estableció un mercado común. La consecución efectiva de ese mercado común tiene como uno de sus instrumentos imprescindibles la formulación de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior (antiguo artículo 3.1.g TCE; y ahora artículos 3.1.b y 26.1 TFUE). El desarrollo de este instrumento ha dado lugar a la formación del derecho de defensa de la competencia de la Unión Europea cuya principal finalidad estriba en la integración de los mercados de cada uno de los estados miembros en ese mercado común.

El referido régimen que cumple la función de garantizar que la competencia no será falseada en el mercado común forma parte del ordenamiento jurídico comunitario, y, por tanto, también del ordenamiento jurídico español, y está contenido y formado por las normas de derecho originario de los artículos 101 a 109 del TFUE (antiguos artículos 81 a 89 TCE), por un nutrido número de normas de derecho derivado producidas a lo largo de la vigencia del TCE y por la jurisprudencia del TJCE (hoy TJUE). Pueden ordenarse en dos grupos distintos, según los destinatarios sean los operadores económicos en general o los estados miembros de la UE.

La Comisión Europea es el órgano titular de las competencias para aplicar el derecho de defensa de la competencia comunitario y, bajo su dependencia, la Dirección General IV. Las facultades necesarias para cumplir las funciones que en esta materia debe desarrollar la Comisión están establecidas en el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 del TCE), que sustituye al Reglamento núm. 17/62 del Consejo de 6 de febrero de 1962 y es desarrollado por el Reglamento (CE) n.º 773/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Aunque debemos advertir inmediatamente que el derecho comunitario de defensa de la competencia es de aplicación directa y tiene también efecto directo, de modo que puede ser aplicado en cada país por las autoridades de los estados miembros designadas expresamente al efecto.

La CNC es el órgano administrativo competente para aplicar en España los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 TCE) y su derecho derivado (art. 24.c LDC y RD 2295/2004, de 10 de diciembre). La comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 desarrolla las formas de cooperación en la Red de Autoridades de Competencia. En cualquier caso, la incoación de

### Web recomendada

El entorno web de la CE se encuentra disponible en:  
[http://ec.europa.eu/competition/index\\_es.html](http://ec.europa.eu/competition/index_es.html)

un procedimiento por parte de la Comisión priva a las autoridades nacionales de competencia de la idoneidad para aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 TCE) (art. 11.6, Reglamento 1/2003). Asimismo, la descentralización de la aplicación del derecho de defensa de la competencia comunitario se plasma en la competencia objetiva atribuida a los juzgados de lo mercantil para conocer los procedimientos de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 TCE) y de su derecho derivado (art. 86.2 ter letra f) LOPJ). Esta competencia objetiva puede producir resoluciones contradictorias con una decisión de la Comisión. A estos efectos, el artículo 16.1, Reglamento 1/2003, establece, sorprendentemente, que en tal caso los órganos jurisdiccionales nacionales no podrán adoptar resoluciones incompatibles con esa decisión de la Comisión, y la comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 desarrolla las formas de cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 TCE).

La coexistencia del derecho de defensa de la competencia español y comunitario plantea el problema de la delimitación de su respectivo ámbito de aplicación, que, en principio, vendrá determinado por el mercado que resulte afectado: mercado nacional o mercado comunitario. Ahora bien, cuando se produce una infracción que afecta tanto al mercado nacional como al comunitario, ambos derechos pueden aplicarse simultáneamente. Aplicación simultánea que según la teoría de la doble barrera se justifica por la diversidad de finalidades perseguidas por el derecho de defensa de la competencia comunitario (p. ej., integración de cada uno de los mercados de los estados miembros en el mercado común) y el nacional de los estados miembros (p. ej., garantizar una competencia suficiente).

La disciplina aplicable a los operadores económicos se encuentra recogida en los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 TCE). Consiste en la prohibición de las conductas colusorias y del abuso de la posición de dominio en el mercado, en términos análogos a los previstos en el derecho español de defensa de la competencia.

La prohibición general de las conductas colusorias ha sido objeto de una excepción, también de carácter general, al no ser aplicable a los acuerdos que puedan calificarse como de importancia menor con respecto al mercado comunitario; se trata de la denominada regla de *minimis*, cuya disciplina está establecida en la comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001, y la comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997 establece los elementos que hay que tener en cuenta para la definición del mercado de referencia a efectos de la aplicación del artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE) a las conductas constitutivas de un abuso de la posición de dominio en el mercado.

#### Formas de cooperación

La comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 desarrolla las formas de cooperación en la Red de Autoridades de Competencia y la comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 desarrolla las formas de cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 TCE).

La modernización de las normas de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 TCE) ha producido la sustitución del sistema de exenciones individuales según el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 101.3 del TFUE por una excepción legal, de modo que las conductas prohibidas que generen alguna ventaja económica que compense suficientemente las limitaciones que puedan producir en la competencia porque cumplen las cuatro condiciones establecidas en el artículo 101 del TFUE no están prohibidas sin que sea necesaria decisión previa alguna (art. 1.2, Reglamento 1/2003), si bien la empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 101 del TFUE debe aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado (art. 2, Reglamento 1/2003 y respecto al significado de las referidas condiciones -comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 sobre las directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado-).

Asimismo, el Consejo de Ministros de la Comunidad puede otorgar exenciones para determinadas categorías de acuerdos mediante la promulgación de reglamentos de exención, siempre que se ajusten a las normas establecidas en el correspondiente reglamento. El Consejo delegó esta facultad a la Comisión mediante el Reglamento núm. 19/65/CEE, del Consejo de 2 de marzo de 1965 y el Reglamento núm. 2821/71 del Consejo de 20 de diciembre de 1971. La Comisión la ha ejercido aprobando los reglamentos de exención por categorías para los acuerdos siguientes: *acuerdos de transferencia de tecnología* (Reglamento (CE) n.º 772/2004 de la Comisión de 27 de abril de 2004 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología y comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 sobre directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología); *acuerdos verticales y prácticas concertadas* (Reglamento (UE) n.º 330/2010, de la Comisión de 20 de abril del 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y Comunicación de la Comisión de 19 de mayo del 2010 sobre directrices relativas a las restricciones verticales); *acuerdos de especialización* (el Reglamento n.º 2658/2000 de la Comisión de 29 de noviembre de 2000 y comunicación de la Comisión de 6 de enero de 2001 sobre directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal); *acuerdos de investigación y desarrollo* (Reglamento n.º 2659/2000 de la Comisión de 29 de noviembre de 2000). Éstos son los reglamentos de exención por categorías de carácter general, pero existe también un número importante de reglamentos de exención para acuerdos de sectores económicos determinados: *seguros* (Reglamento n.º 358/2003 de la comisión de 27 de febrero de 2003 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros), *vehículos automóviles* (Reglamento n.º 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 2002 relativo a la aplicación del

apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor) y otros, como transporte marítimo y aéreo.

En último lugar, los operadores económicos también son los destinatarios de las normas que integran la disciplina comunitaria de las concentraciones de empresas, contenida en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (reglamento comunitario de concentraciones), desarrollado como consecuencia de la insuficiencia de los artículos 81 y 82 TCE para controlar todas las operaciones de concentración entre empresas. En relación con esta disciplina, la Comisión ostenta la competencia exclusiva en el control de las operaciones de concentración de empresas que tengan una dimensión comunitaria de acuerdo con los umbrales previstos en el artículo 1 del Reglamento 139/2004, obligando a los estados a respetar esta competencia y a abstenerse de aplicar su legislación nacional en esta materia (arts. 8.2 LDC y 4 Reglamento 139/2004). El criterio sustantivo para la evaluación de las operaciones de concentración entre empresas es mixto, pues no sólo se contempla la susceptibilidad de la misma para obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, sino también que ese efecto se produzca, en particular, como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante (art. 2 Reglamento 139/2004).

Los estados miembros de la Unión Europea son los destinatarios de las normas de la competencia que se declaran incompatibles con el mercado común, y, por tanto, prohíben las ayudas públicas que falseen la competencia en el mercado comunitario; con lo que favorecen a determinadas empresas o producciones (artículo 107 TFUE, antes 87 TCE, y artículo 19.1 LDC). No obstante, el propio artículo 107.2 prevé algunas excepciones en las que las ayudas se consideran compatibles con el mercado común. Además, el apartado tercero contempla la posibilidad de que el Consejo determine otras categorías de ayudas compatibles con el mercado común. El Reglamento n.º 994/98 del Consejo de 7 de año de 1998, habilita a la Comisión para promulgar esos reglamentos de exenciones por categorías. Entre los aprobados cabe destacar el Reglamento (CE) n.º 69/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001, relativo a las ayudas de *mínimis*, y, sobre todo, el Reglamento 800/2008 de la Comisión de 6 de agosto de 2008 por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común (reglamento general de exención por categorías).

El control de las ayudas públicas es competencia de la Comisión. Se desarrolla de acuerdo con lo previsto en el artículo 108 TFUE (antiguo artículo 88 TCE) y en el Reglamento n.º 659/1999, del Consejo de 22 de marzo de 1999, desarrollado por el Reglamento de la Comisión (CE) 794/2004 del 21 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE. En síntesis, el control se efectúa mediante la obligación de notificar a la Comisión cualquier proyecto de concesión de nueva



ayuda que recaee sobre los estados miembros y el posterior procedimiento de examen de la misma, a efectos de determinar su compatibilidad o no con el mercado común y también en el caso de las ayudas ilegales, esto es, las ayudas que se han ejecutado, sin cumplir con la obligación anterior, mediante la iniciación del procedimiento de examen respecto a su compatibilidad o no con el mercado común. En caso contrario, dictan un requerimiento de recuperación por parte del estado miembro con objeto de que éste recupere la ayuda del beneficiario, y cuyo incumplimiento constituye una violación del Tratado CE.

En segundo lugar, los estados miembros también son los destinatarios del artículo 106 TFUE (antiguo artículo 86 TCE), pues regula la relación de los poderes públicos con las empresas públicas y con las empresas privadas que gestionan la prestación de servicios públicos. En esta norma se establece el principio de la igualdad de trato entre las empresas públicas y las empresas privadas con respecto al derecho de defensa de la competencia; una prohibición consistente en que los estados promuevan, adopten o mantengan medidas contrarias a las normas sobre defensa de la competencia con respecto a las empresas públicas y aquellas otras empresas públicas o privadas a las que se conceden derechos especiales o exclusivos, y una excepción a la regla general consistente en la dispensa de la aplicación del derecho de defensa de la competencia cuando con su aplicación se impida a las empresas que prestan servicios de interés económico general y a los monopolios fiscales cumplir con la misión específica que les ha sido atribuida por los poderes públicos

## 5. El derecho contra la competencia desleal

Los operadores económicos que despliegan una competencia desleal, esto es, una competencia que no está basada en la eficiencia de las propias prestaciones, distorsionan alguno de los presupuestos de la competencia económica, y, por tanto, producen, real o potencialmente, un falseamiento de la competencia de análogas consecuencias que las derivadas de las conductas limitativas de la competencia prohibidas por el derecho de defensa de la competencia.

Esta afirmación inicial pone de manifiesto que el derecho contra la competencia desleal comparte el fundamento, el objeto y la función con el derecho de defensa de la competencia; lo que permite, por tanto, formar la unidad sistemática del derecho de la competencia. El fundamento material deriva de las consecuencias que producen, real o potencialmente, los actos de competencia desleal, esto es, un falseamiento de la competencia económica. Estas consecuencias explican que el fundamento jurídico del derecho contra la competencia desleal también se reconduzca al reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE), pues, como sabemos, en éste está implícita la institucionalización de la competencia.

La materia de la realidad social y económica constitutiva del derecho contra la competencia desleal no puede ser otra que la propia competencia, puesto que ésta es la realidad sobre la que se proyectan los efectos de las conductas desleales.

### **Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal**

Esta afirmación resulta indiscutible tras la lectura del primero de los artículos de la disposición más general en la materia, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, pues al delimitar su función o finalidad expresamente configura a la competencia como el objeto sobre el que se proyecta aquélla. El mismo carácter indiscutible, y por la misma razón, tiene la función atribuida al derecho contra la competencia desleal: la protección de la competencia, que se justifica en el interés, individual y colectivo, de todos los que participan en el mercado, y se materializa mediante el establecimiento de una prohibición de los actos de competencia desleal.

La identidad de la materia de la realidad social y económica que constituye el objeto tanto del derecho de defensa de la competencia, como del derecho contra la competencia desleal explican y justifican que la potestad legislativa sobre este último corresponda también al Estado, y por las mismas razones antes apuntadas con respecto al derecho de defensa de la competencia.

### **Pluralidad de títulos competenciales**

Esta competencia estatal sobre el Derecho contra la competencia desleal puede encontrar asiento sobre una pluralidad de títulos competenciales, desde el más concreto, relativo a la legislación mercantil (art. 149.1.6.<sup>ª</sup> CE), pasando por el que le atribuye la competencia sobre las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8.<sup>ª</sup> CE), hasta el más general, sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.<sup>ª</sup> CE).

La pluralidad de intereses que concurren en la protección contra la competencia desleal hace que cobren relevancia otros títulos competenciales sobre materias que, como la defensa de los consumidores y usuarios y el comercio interior, inciden directamente sobre esos intereses. En el ámbito de esos otros títulos competenciales se debe tener presente que las comunidades autónomas han asumido competencias que les atribuyen la potestad legislativa sobre las materias que los configuran.

El derecho español contra la competencia desleal está, por tanto, formado por una pluralidad de normas integradas bien en el ordenamiento completo y general del Estado, o bien en los ordenamientos parciales y territoriales de cada una de las comunidades autónomas. Las disposiciones del ordenamiento completo y general del Estado que contienen el derecho contra la competencia desleal son:

- la **Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal**, que contiene el derecho general contra la competencia desleal;
- la **Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad**, que contiene el derecho especial contra la publicidad ilícita aplicable a las actividades publicitarias;
- la **Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista** y el **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre**, por el que se aprueba el **texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias**, son igualmente relevantes para el derecho contra la competencia desleal porque establecen la disciplina de determinadas actividades concurrenciales bien mediante normas que configuran estructuralmente el mercado de la distribución minorista, o bien mediante normas relativas a determinadas prácticas concurrenciales. Las cuatro normas mencionadas han sido modificadas por la **Ley 29/2009, de 30 de diciembre**, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, ley mediante la cual se incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo del 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en su relaciones con los consumidores.

En este último ámbito, con material relativo a la configuración estructural del mercado y del régimen de determinadas prácticas concurrenciales, existen una pluralidad de normas con rango de ley integradas en los distintos ordenamientos parciales y territoriales de las comunidades autónomas. Estas normas autonómicas son el resultado del ejercicio de las competencias asumidas en los respectivos estatutos de autonomía en materia de comercio interior y defensa de los consumidores y usuarios, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.3 CE. La relevancia de todas estas disposiciones para el derecho contra la competencia desleal se concreta en que su vulneración constituye un acto de competencia desleal por infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (art. 15.2 LCD).

### **5.1. Los presupuestos de aplicación**

La prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad (art. 1 *in fine* LCD), se despliega mediante una cláusula general (art. 4 LCD) y una enumeración de actos de competencia desleal que tipifican actos de competencia desleal con independencia de que los intereses que perjudiquen sean únicamente los de los consumidores y usuarios (arts. 5 a 18 LCD) y otra enumeración de prácticas comerciales desleales que tipifican prácticas comerciales con los consumidores y usuarios que perjudican directamente sus intereses económicos (arts. 19 a 31). La aplicación y el significado de aquella y de éstos está determinado por la concurrencia necesaria de los presupuestos objetivos (art. 2 LCD) y subjetivos (art. 3 LCD) expresamente establecidos. El significado de estos presupuestos de aplicación deriva del fundamento institucional del sistema de represión de la competencia desleal establecido con la finalidad de proteger la competencia.

La calificación de un comportamiento como acto de competencia desleal, según la cláusula general o alguno de los tipos previstos, exige, en primer lugar, que se trate de un comportamiento realizado en el mercado (artículo 2.1 LCD), esto es, donde se entrecruzan la oferta y la demanda de los bienes y servicios. El presupuesto de la realización en el mercado se comprende fácilmente si se tiene presente que la competencia es el elemento que estructura y define el mercado, y precisamente por esto, los únicos comportamientos que pueden afectar a la competencia son los comportamientos que son exteriorizados en el mercado.

El segundo presupuesto objetivo está constituido por la finalidad concurrencial (artículo 2.1 LCD) del comportamiento realizado en el mercado. Está claro que un comportamiento realizado en el mercado que no constituya un acto de competencia no puede ser relevante para el derecho contra la competencia desleal, pues no afecta de ningún modo a la competencia. La finalidad concurrencial del acto como presupuesto de aplicación expresa el carácter de acto de competencia, esto es, de acto que incide sobre la oferta o la demanda de bienes y servicios, del comportamiento realizado en el mercado; pues solamente los actos de competencia, cuando además son desleales, son idóneos para afectar,

real o potencialmente, a la competencia, con lo que distorsionan alguno de sus presupuestos. La existencia de finalidad concurrencial se presume *iuris tantum* cuando el comportamiento realizado en el mercado resulta objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero (artículo 2.2 LCD).

La aplicación de la LCD no exige ninguna cualificación subjetiva de los sujetos que realizan en el mercado un comportamiento con fines concurrenciales, aunque mencione expresamente a los empresarios porque son los destinatarios naturales y también los profesionales; puede tratarse de cualquier persona, física o jurídica, que participe en el mercado (art. 3.1 LCD).

La delimitación legal del ámbito subjetivo en estos términos supone que el control de deslealtad de los comportamientos realizados en el mercado con fines concurrenciales se extiende no sólo a las actividades económicas típicas de los empresarios mercantiles (p. ej., industriales, comerciales y de servicios), sino también a las actividades tradicionalmente excluidas de esa calificación como son las actividades agrícolas, ganaderas y artesanas, y también a las actividades artísticas, científicas, deportivas y profesionales.

En consecuencia, cualquier persona, física o jurídica, que realice un comportamiento en el mercado en el marco de cualquiera de esas actividades con fines concurrenciales queda sujeta al control de deslealtad de su comportamiento. Esto último también vale para la actividad publicitaria, pues el legislador, al definirla como toda forma de comunicación realizada con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones (art. 2 LGP), la sitúa expresamente entre las actividades realizadas en el mercado con fines concurrenciales.

El fundamento institucional del derecho contra la competencia desleal explica y justifica que tampoco sea necesaria la existencia de una relación de competencia entre la persona que realiza el acto de competencia desleal y la persona o personas afectadas por el mismo (artículo 3.2 LCD), pues con ello se pueden abarcar actos desleales que son idóneos para falsear, real o potencialmente, la competencia, pero que no comportan un perjuicio individual de un competidor.

La aplicación territorial de la disciplina contra la competencia desleal está regida por el principio de los efectos, reales o potenciales, del acto de competencia desleal pues, al igual que en el derecho de defensa de la competencia, se explica por la tutela institucional de la competencia en el mercado español; de modo que cualquier comportamiento que pueda falsearla debe ser suscep-

#### ¿Relación de competencia?

No es necesaria la existencia de una relación de competencia entre la persona que lleva a cabo el acto de competencia desleal y la persona o personas afectadas por el mismo.

tible de represión. La competencia puede ser falseada con independencia de la nacionalidad de los sujetos que realizan el acto de competencia desleal, de su intención o del país desde donde se lleve a efecto.

En cualquiera de estos supuestos la disciplina de la competencia desleal contenida en la LCD será aplicable cuando los actos de competencia desleal produzcan o puedan producir efectos en el mercado español.

## 5.2. La cláusula general de competencia desleal

La prohibición de los actos de competencia desleal se materializa, como queda dicho, mediante una cláusula general que establece con valor normativo propio el criterio que define a los comportamientos desleales y mediante una tipificación no exhaustiva de actos de competencia desleal y de las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios más significativas. La cláusula general reputa como desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. El estudio anterior de los presupuestos de aplicación, en combinación con el contenido de la cláusula general, nos permite afirmar ahora que, en general, son desleales los comportamientos de cualquier persona, física o jurídica, realizados en el mercado con fines concurrenciales que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe.

El contenido de la cláusula general pone indirectamente de manifiesto que la deslealtad del comportamiento ni está vinculada a la presencia de criterio alguno de imputación subjetiva (p. ej., culpa, dolo), sino única y exclusivamente a la contrariedad objetiva del comportamiento con las exigencias de la buena fe; ni tampoco se hace depender de la efectiva producción de los efectos de falseamiento de la competencia; basta con que el acto o comportamiento sea objetivamente idóneo para producirlos.

La cláusula general no define los comportamientos desleales, sino que únicamente establece el criterio valorativo para determinar la deslealtad. El criterio fijado consiste en que el comportamiento carezca de buena fe en sentido objetivo. La buena fe objetiva constituye una regla de conducta en su dimensión positiva y un límite al ejercicio de los derechos en su dimensión negativa. El recurso a la buena fe objetiva para fijar el criterio de deslealtad encuentra su fundamento en que los actos de competencia desleal constituyen un abuso del ejercicio del derecho a la libertad de empresa. El referido abuso se produce porque el ejercicio de este derecho debe desarrollarse sin distorsionar los presupuestos de la competencia institucionalizada implícitamente con su reconocimiento.

La protección de la institución de la competencia como función propia de la disciplina contra la competencia desleal permite concretar el significado de la cláusula general. Los comportamientos objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe son los comportamientos que producen o pueden producir un falseamiento de la competencia, con lo que distorsionen alguno de sus presupuestos. El contenido del criterio de las exigencias de la buena fe viene dado, por tanto, por los presupuestos que configuran la competencia tanto en el orden económico, como también en el jurídico.

En el orden económico los presupuestos no son distintos de los expuestos antes con respecto a los fundamentos del derecho *antitrust*. En el orden jurídico los presupuestos de la competencia se encuentran establecidos en:

- a) la constitución económica, porque contiene los principios del sistema de economía social de mercado que instaura,
- b) la legislación *antitrust*, porque establece los principios de política económica en materia de defensa de la competencia,
- c) la propia LCD, porque en la tipificación de los actos de competencia desleal que contiene se pueden descubrir los presupuestos del modelo de competencia establecido.

No obstante, en las relaciones con consumidores y usuarios se entiende contrario a las exigencias de la buena fe, en los términos de la cláusula general que acabamos de analizar, el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores. A estos efectos, la LCD entiende por diligencia profesional el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, y por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: a) la selección de una oferta u oferente; b) la contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo; c) el pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago; d) la conservación del bien o servicio; e) el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios. Y, asimismo, se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado. En fin, para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se ha de tener en cuenta al consumidor medio, si bien las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de manera significativa,

en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se han de evaluar desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entiende, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto a las que no se pretenda una interpretación literal.

### **5.3. La tipificación de los actos de competencia desleal**

La ordenación de los actos de competencia desleal, que comprenden los actos de competencia desleal con independencia de que los intereses que perjudiquen sean únicamente los intereses económicos de los consumidores y usuarios, tipificados por el legislador siguiendo el criterio más generalizado, que atiende a los intereses tutelados y afectados de modo principal por cada uno de los distintos comportamientos desleales, nos permite descubrir los principios constituidos por el legislador en presupuestos para la existencia de la competencia cuya protección persigue mediante la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita.

#### **5.3.1. Actos de deslealtad frente al consumidor**

El primer grupo de actos de competencia desleal está formado por los que lesionando principalmente el interés de los consumidores y usuarios producen o pueden producir un falseamiento de la competencia. La *ratio* de este grupo reside en garantizar la autonomía y la libertad de decisión de los consumidores como presupuesto de la competencia. Los actos que inciden sobre la autonomía y libertad de los consumidores impiden que sus decisiones sean racionales y, por consiguiente, que la competencia se base en la eficiencia de las prestaciones ofrecidas.

Los actos desleales que inciden sobre la autonomía y libertad de decisión de los consumidores son:

- los actos de engaño (art. 5 LCD);
- los actos de confusión (art. 6 LCD);
- las omisiones engañosas (art. 7 LCD);
- las prácticas agresivas (art. 8 LCD), y
- los actos de comparación (art. 10 LCD).

Los actos de engaño son cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:



- a) la existencia o la naturaleza del bien o servicio;
- b) las características principales del bien o servicio;
- c) la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones;
- d) el alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta;
- e) el precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio;
- f) la necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación;
- g) la naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido;
- h) los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr, y también cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.

Los actos de confusión consisten en actos idóneos (v. gr., utilización de signos o medios de un competidor) para producir un error sobre el origen, la procedencia o los vínculos de la actividad (v. gr., empresa), prestaciones (v. gr., productos) o establecimiento propio con los de un tercero.

Por su parte, las omisiones engañosas consisten en la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa, así como si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto. Para la determinación del carácter engañoso de estos actos se ha de atender al contexto fáctico en el que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utili-

zado, pues cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se han de tener en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios. Los actos de engaño, los actos de confusión, las omisiones engañosas afectan a la autonomía y libertad de decisión de los consumidores porque menoscaban la transparencia del mercado suministrando o dejando de suministrar informaciones que no se corresponden con la realidad.

Las prácticas agresivas son los comportamientos que, teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sean susceptibles de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación con el bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. A estos efectos, se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso. Y para determinar si una conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida se ha de tener en cuenta:

- a) el momento y el lugar en el que se produce, su naturaleza o su persistencia;
- b) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante;
- c) la explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio;
- d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluido cualquier modo de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador;
- e) la comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

Los actos de comparación son actos que suponen una confrontación pública de extremos relativos a la actividad, prestaciones o establecimiento propio con los de un tercero con la finalidad de destacar las ventajas de uno frente al otro y están permitidos si cumplen los siguientes requisitos:

- a) los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades;

b) la comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio;

c) en el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación;

d) no podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido;

e) la comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena. Requisitos cuya exigencia persigue evitar que la autonomía y libertad de decisión de los consumidores se puede ver afectada por estos actos cuando la comparación no resulta objetiva, porque en tal caso son denigratorios o inducen a error al proporcionar información que dificulta el ejercicio de la autonomía y libertad de decisión del consumidor.

### 5.3.2. Actos de deslealtad frente al competidor

El grupo de actos de competencia desleal que lesionan de manera principal el interés de los competidores está formado por los que producen o pueden producir un menoscabo de su posición en el mercado. La *ratio* de este grupo reside en que el menoscabo de la posición de los competidores se lleva a cabo mediante actos de competencia que no están basados en la eficiencia de las propias prestaciones como presupuesto de la competencia y, por tanto, producen o pueden producir un falseamiento de la competencia.

Los actos desleales que inciden sobre la posición de un competidor en el mercado son:

- los actos de denigración (art. 9 LCD),
- los actos de imitación (art. 11 LCD),
- los actos de explotación de la reputación ajena (art. 12 LCD),
- los actos de violación de secretos (art. 13 LCD) y
- los actos de inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD).

La posición ganada por un competidor en el mercado es afectada deslealmente mediante los actos de denigración, que consisten en la realización de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones o el establecimiento de un tercero con la finalidad de menoscabar su crédito en el mercado, porque le pueden privar de la reputación adquirida en el mercado, aunque también inciden sobre la autonomía y libertad de decisión de los consumidores cuando transmiten una información no ajustada a la realidad con respecto al competidor.

La imitación de las prestaciones y de las iniciativas empresariales o profesionales es libre, excepto si cuentan con la protección derivada de un título de propiedad industrial o intelectual. La protección de los derechos que confieren esos títulos frente a los actos de imitación de su objeto se produce mediante las correspondientes acciones por violación de éstos. La protección de la disciplina contra la competencia desleal se refiere a la imitación de los resultados del trabajo ajeno. Los actos de imitación consistentes en la reproducción de prestaciones o iniciativas ajenas únicamente son desleales cuando generan confusión, suponen un aprovechamiento de la reputación o del esfuerzo ajenos o producen la obstaculización del competidor, pues sólo en tales supuestos producen un menoscabo de la posición ganada por un competidor sin base en la mayor eficiencia de las prestaciones del imitador.

Los actos de explotación de la reputación ajena consisten en el aprovechamiento de las ventajas de la reputación adquirida en el mercado por un competidor mediante cualquier clase de utilización de los signos o medios que transmiten información sobre sus actividades, prestaciones o establecimiento. Estos actos son desleales porque lesionan la reputación ganada en el mercado por un competidor con un comportamiento claramente ineficiente que falsea la competencia.

La violación de secretos empresariales consistente en su divulgación, explotación o adquisición por medios incorrectos (v. gr., sin autorización del titular, por medio de espionaje) es un comportamiento desleal, configurado como manifestación concreta y especialmente tipificada de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, porque constituye un acto que no está basado en la propia eficiencia y que perjudica la posición del competidor poseedor del secreto empresarial violado. El legislador ha sustituido en este supuesto los presupuestos de realización en el mercado y la finalidad concurrencial por la intención del autor del acto de obtener un provecho, propio o ajeno, o causar un perjuicio al titular del secreto, ampliando de este modo el ámbito objetivo con la finalidad de abarcar actos de violación de secretos cuya finalidad no es propiamente concurrencial.

Los actos de inducción a la infracción contractual, que consisten en actos que suponen una interferencia en las relaciones contractuales de un competidor, comprenden tres supuestos: la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, la inducción a la terminación regular de un contrato y el aprovechamiento de una infracción contractual. Estos actos únicamente son desleales porque deterioran la eficiencia organizativa del entramado de relaciones jurídicas constitutivas de empresa y afectan a la posición del competidor en el mercado, cuando se realizan mediante comportamientos incorrectos (v. gr., influir en otra persona con la finalidad de moverla a infringir o influirla con engaño para terminar de manera regular una relación contractual).

### 5.3.3. Actos de deslealtad de mercado

El tercer y último grupo de actos de competencia desleal lo integran los actos que atentan de modo directo al interés público en el correcto funcionamiento del mercado produciendo, real o potencialmente, un falseamiento de la competencia. La *ratio* de este grupo reside en que el falseamiento de la competencia se lleva a cabo mediante actos basados en un abuso de poder de mercado y no en la eficiencia de las propias prestaciones, que es el presupuesto de un mercado en estado de competencia, y por tanto es preciso evitar su realización para garantizar la existencia de una competencia no falseada.

Los actos desleales que suponen un abuso de poder de mercado son:

- los actos de violación de normas (art. 15 LCD),
- los actos de discriminación (art. 16.1 LCD),
- los actos de explotación de una situación de dependencia económica (art. 16.2 LCD) y
- la venta a pérdida (arts. 17 LCD y 14 LOCM).

Los actos de violación de normas comprenden cualquier infracción (v. gr., incumplimiento, contravención, defraudación) de normas jurídicas que proporcione al infractor una ventaja competitiva significativa y que, además, se prevalga de ésta. En el caso de que las normas infringidas tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial, se presumen la ventaja y el prevalimiento de ésta. La deslealtad de los actos de violación de normas no deriva de la infracción en sí misma, sino de los efectos negativos que ésta depara sobre el correcto funcionamiento del mercado, porque confiere al infractor una ventaja competitiva, en términos de reducción de costes, que le permite ocupar una posición mejor en el mercado con respecto a los restantes competidores, que no está basada en su propia eficiencia y que produce un falseamiento directo de la competencia.

El abuso de poder de mercado está presente en los actos de discriminación del consumidor, consistentes en la no aplicación de las mismas condiciones comerciales sin justificación objetiva, y en los actos de explotación de una situación de dependencia económica, situación que se produce entre dos empresas, una que demanda u ofrece bienes y servicios y otra que los adquiere o suministra y que no dispone de alternativa en el mercado. Esta situación de dependencia económica se presume cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, debe conceder a su cliente de manera regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. Asimismo tienen la consideración de desleales las siguientes conductas:

a) la ruptura, aunque sea de modo parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor;

b) la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.

El abuso de poder de mercado está presente en los primeros porque resulta difícil sostener un comportamiento discriminatorio con los consumidores si no se sustenta en una situación de poder económico. En los segundos, porque la explotación abusiva de una situación de dependencia económica sólo puede producirse cuando quien la realiza ostenta poder económico. En ambos casos la conducta es desleal porque, de modo análogo al abuso de posición de dominio en el derecho de defensa de la competencia, produce o puede producir un falseamiento de la competencia.

La competencia también puede falsearse mediante actos de abuso de poder de mercado como las ventas a pérdida, esto es, las ventas realizadas por un precio inferior al coste de producción o al precio de adquisición. Estas ventas, sin embargo, sólo son constitutivas de actos de competencia desleal cuando induzcan a error sobre el nivel de precios, produzcan el descrédito de la imagen de un producto o establecimiento ajenos o constituya una práctica predatoria, esto es, una práctica dirigida a eliminar o a evitar el ingreso de nuevos competidores en el mercado. En este último caso se manifiesta de nuevo la conexión entre el derecho contra la competencia desleal y el derecho de defensa de la competencia, pues las prácticas predatorias han venido siendo controladas como un supuesto de abuso de posición de dominio.

#### **5.3.4. La publicidad ilícita**

El nuevo artículo 18 de la LCD al calificar como acto de competencia desleal la publicidad ilícita convierte en actos de competencia desleal los siguientes actos de publicidad enumerados en el artículo 3 de la LGP:

a) la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la CE, especialmente en sus artículos 14, 18 y 20.4. Se entienden incluidos en este supuesto los anuncios que presenten a las mujeres de manera vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes de él como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordena-

miento coadyuvando a generar la violencia a la que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género;

b) la publicidad dirigida a menores: i) que los incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, ii) en la que aparezcan los niños persuadiendo de la compra a padres o tutores, iii) en la que, sin un motivo justificado, se presente a los niños en situaciones peligrosas, y, finalmente, iv) que induzca a error a los menores sobre las características de los productos, sobre su seguridad o sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros;

c) la publicidad subliminal, esto es, la publicidad que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida (art. 4 LGP);

d) la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios (art. 5 LGP);

e) la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que al tener el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la LCD comprende, por lo que se refiere a la publicidad engañosa y a la publicidad agresiva, los actos de competencia desleal tipificados en los siguientes artículos de la LCD: 5 (actos de engaño), 7 (omisiones engañosas), 8 (prácticas agresivas) y 21 a 31 (prácticas desleales con los consumidores), y por lo que se refiere a la publicidad desleal, aunque ni la LGP ni la LCD tipifican las modalidades publicitarias que pueden englobarse bajo este concepto de publicidad desleal, habrá que entender que comprende los cinco supuestos tradicionalmente incluidos, esto es, la publicidad confusionista (arts. 6 y 20 LCD), la publicidad denigratoria (art. 9 LCD), la publicidad comparativa (art. 10 LCD), la publicidad adhesiva (art. 12 LCD) y, por último, también la publicidad contraria a la buena fe o a las normas de corrección y buenos usos mercantiles (art. 4 LCD).

#### **5.4. La tipificación de las prácticas comerciales desleales**

Las prácticas comerciales desleales únicamente tipifican actos de competencia desleal que perjudican directamente a los intereses económicos de los consumidores y usuarios. El artículo 19.2 II del TRLGDCU define la noción de práctica comercial de los empresarios con los consumidores y usuarios como todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o un servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después

de una operación comercial, y el artículo 20 de la misma norma establece la información que deben contener las prácticas comerciales que incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio.

Ahora bien, de acuerdo con el apartado primero del artículo 19 de la LCD, únicamente tienen la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios las previstas en el capítulo III de la misma LCD y en sus artículos 4 (cláusula general), 5 (actos de engaño), 7 (omisiones engañosas) y 8 (prácticas agresivas). No obstante, el artículo 20 LCD establece con carácter general que en las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquellas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios. Pero el apartado segundo del artículo 19 LCD dispone que las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Así pues, de conformidad con el mandato contenido en el artículo 19.2 LCD, son, en todo caso, desleales, en la medida en que tengan lugar en relaciones con los consumidores o usuarios, y, por tanto, sin necesidad de llevar cabo un análisis de si encuadran o no en los artículos 4, 5, 7, y 8 LCD, las prácticas comerciales tipificadas en los artículos 21 a 30 LCD. En los referidos artículos se distingue, dentro de la categoría general de prácticas comerciales desleales, las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas. Las prácticas comerciales engañosas comprenden nueve supuestos que, a su vez, se pueden ordenar en los tres grupos siguientes:

i) las prácticas comerciales engañosas por confusión cuyo carácter desleal resulta del hecho de que la práctica contiene información que induce o puede inducir a error a los consumidores [v. gr. art. 20 LCD (prácticas engañosas por confusión para los consumidores); art. 21 LCD (prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad); art. 25 LCD (prácticas engañosas por confusión), y art. 26 LCD (prácticas comerciales encubiertas)];

ii) las prácticas comerciales señuelo y promocionales engañosas cuyo carácter desleal resulta del hecho de que la práctica produce la falsa impresión de que la oferta de un producto o servicio reúne unas condiciones especialmente óptimas para que sean adquiridos a la vista de que dicha oferta no va a ser duradera, o no va venir acompañada de un regalo o servicio gratuito, cuando ambos extremos no son ciertos, bien porque no existe esa supuesta limitación temporal de la oferta, bien porque los regalos que figuran en la oferta no son tales [art. 22 LCD], y



iii) las prácticas comerciales engañosas sobre las características del producto o servicio ofertado [art. 23 LCD (prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa; art. 24 LCD (prácticas de venta piramidal); art. 27 LCD (otras prácticas engañosas)].

Por su parte, las prácticas comerciales agresivas son prácticas que por sus características impiden al consumidor o usuario tomar sus decisiones en el mercado con libertad y comprenden, por un lado, las prácticas comerciales agresivas por coacción y, por el otro, las prácticas comerciales agresivas por acoso.

Entre las prácticas comerciales agresivas por coacción cabe situar las así calificadas porque consisten en prácticas que hacen creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado la oferta (art. 28 LCD), y también las otras prácticas agresivas previstas en el artículo 31 de la LCD, que acoge tres supuestos distintos en los que el empresario, con el fin de conseguir mejorar su situación comercial, fuerza indirectamente al consumidor a que lleve a cabo comportamientos contrarios a su voluntad, así cuando se reclama al beneficiario de un seguro que presente documentos que no son precisos para determinar la existencia de un siniestro (art. 31.1 LCD) o exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario (art. 31.2 LCD), y, en fin, informar expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o el sustento del empresario o profesional corren peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio (art. 31.3 LCD).

Por lo que respecta a las prácticas comerciales agresivas por acoso, están tipificadas en los artículos 29 y 30 LCD. El artículo 29 prevé dos supuestos distintos:

- realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella (art. 29.1 LCD), y
- realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia (art. 29.2 I LCD).

El artículo 30 prevé dos supuestos de acoso sobre menores:

- incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o
- incluir una exhortación directa para que éstos convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados.

## **5.5. Acciones derivadas de los actos de competencia desleal y de la publicidad ilícita**

La protección institucional de la competencia contra los comportamientos desleales que producen el efecto, real o potencial, de falsearla, se instrumenta mediante la tipificación de un número de acciones, declarativas o de condena y de naturaleza civil, cuya función principal reside precisamente en activar esa protección institucional. Las referidas acciones no cumplen únicamente la referida función, sino que también permiten, junto a otras acciones asimismo expresamente contempladas, la satisfacción, en su caso, de los intereses privados lesionados por los actos de competencia desleal. El arsenal de acciones tipificadas comprende las siguientes:

- 1) la acción declarativa de la deslealtad,
- 2) la acción de cesación,
- 3) la acción de remoción,
- 4) la acción de rectificación,
- 5) la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, y
- 6) la acción de enriquecimiento injusto.

1) La acción declarativa de la deslealtad tiene por objeto que se declare la existencia de un acto de competencia desleal, una publicidad ilícita o una práctica comercial desleal (art. 32.1.<sup>a</sup> LCD). El ejercicio de esta acción exige la concurrencia de la efectiva realización del acto de competencia desleal, una publicidad ilícita o una práctica comercial desleal y que subsista la perturbación ocasionada por éste. Esta acción puede ejercitarse de manera independiente o como presupuesto para el ejercicio de otras acciones, en cuyo caso no debe exigirse que subsista la perturbación.

2) La acción de cesación es por su efectividad la más significativa, tanto desde la perspectiva de la tutela institucional como de los intereses privados. El objeto de la acción de cesación consiste o bien en la condena a la cesación del acto de competencia desleal, una publicidad ilícita o una práctica comercial desleal puesta en práctica, mediante la prohibición de su continuación o de su repetición, o bien en la prohibición de su puesta en práctica (art. 32.2.<sup>a</sup> LCD). El ejercicio de la acción de cesación solamente exige la concurrencia de previa realización del acto de competencia desleal, una publicidad ilícita o una práctica comercial desleal, o el riesgo inminente de su puesta en práctica.

3) La acción de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia desleal, una publicidad ilícita o una práctica comercial desleal, tiene por objeto la adopción de las medidas necesarias para eliminar los efectos de éstos (art. 32.3.<sup>a</sup> LCD). El contenido de las medidas no está expresamente previsto, si bien el objeto de la acción señala su pluralidad y diversidad (v. gr., restitución, retirada del tráfico o destrucción de los objetos, publicación de la sentencia o de rectificaciones, etc.), y, a su vez, también la complementariedad de esta acción con la acción de cesación en la efectiva consecución de la restauración

del orden concurrencial falseado. La naturaleza del objeto de esta acción hace necesario que la realización del acto de competencia desleal haya producido efectos reales, falseando efectivamente la competencia y, en su caso, lesionando algún interés privado.

4) La acción de rectificación tiene un objeto más limitado que la acción de remoción y consiste en la corrección de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas constitutivas de un acto de competencia desleal, una publicidad ilícita o una práctica comercial desleal (art. 32.4.ª LCD). Lo anterior exige, para el ejercicio de la acción, la concurrencia de la efectiva realización y efectos del acto de competencia desleal, una publicidad ilícita o una práctica comercial desleal. La rectificación consistirá en la difusión de la corrección de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas efectuadas con anterioridad.

5) La acción de resarcimiento de daños y perjuicios cumple, fundamentalmente, una función indemnizatoria, como prueba no sólo su propia naturaleza, sino también la limitación de la legitimación activa a las personas que participan en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por un acto de competencia desleal, de modo que con respecto a la función de activar la tutela institucional de la competencia su trascendencia es mínima, si acaso la cumple es por el efecto preventivo que produce toda acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios.

El objeto de la acción dada su naturaleza no puede ser otro que el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiese ocasionado un acto de competencia desleal, una publicidad ilícita o una práctica comercial desleal, siempre que la realización sea imputable al autor a título de culpa o dolo (art. 32.5.ª LCD). Los requisitos para el ejercicio de la acción son, por tanto, la realización efectiva de un acto de competencia desleal, una publicidad ilícita o una práctica comercial desleal, la producción de una lesión patrimonial y la conducta culpable o dolosa del autor del acto. La condena del autor exige no sólo la prueba de los requisitos acabados de mencionar, sino también, y de acuerdo con la doctrina general de la responsabilidad civil, la prueba de la relación de causalidad entre el acto, la publicidad ilícita o la práctica comercial desleal y los daños y perjuicios. La indemnización que corresponde en concepto de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente o pérdida producida, como el lucro cesante o beneficios dejados de percibir como consecuencia del acto de competencia desleal, la publicidad ilícita o la práctica comercial desleal. El resarcimiento puede, asimismo, incluir la publicación de la sentencia condenatoria a cargo del autor.

6) La acción de enriquecimiento injusto cumple exclusivamente una función tutelar de intereses privados por su propia naturaleza y por el reducido ámbito de la legitimación activa establecido para el ejercicio de ésta, y su objeto consiste en la restitución de la cantidad en la que se cifre el enriquecimiento obtenido sin causa por el autor del acto de competencia desleal (art. 18.6.ª). El ejercicio de la acción está condicionado a que el acto de competencia desleal

lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico (art. 32.6.<sup>a</sup> LCD), y la legitimación activa se circunscribe al titular de esa posición jurídica violada (art. 33.1.IV LCD). Las referencias a una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva y a una posición de análogo contenido económico deben entenderse hechas, respectivamente, a los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, y a los signos distintivos no inscritos o a secretos empresariales, entre otros. La lesión relevante para el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto no es la del derecho de exclusiva, sino la producida por un acto de competencia desleal. Los elementos que deben concurrir para el ejercicio de la acción no son otros que los determinados por la doctrina del enriquecimiento injusto: enriquecimiento del autor del acto, correlativo empobrecimiento del titular de la posición jurídica violada y falta de causa en el enriquecimiento.

La legitimación activa individual para el ejercicio de cualquiera de las acciones enumeradas, con excepción de la acción de enriquecimiento injusto, se extiende a cualquier persona que participe en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal (art. 33.1.I LCD) y frente a la publicidad ilícita está legitimada cualquier persona que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o interés legítimo (art. 33.1 II LCD). Esta misma legitimación cuando es a título colectivo tampoco comprende la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, y se extiende a las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, siempre que resulten afectados los intereses de sus miembros (art. 33.2 LCD), y también en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios: el Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales (art. 33.3.a) LCD), las asociaciones de consumidores y usuarios españolas o comunitarias en los términos previstos en el artículo 33.3 b) y c) LCD, y, finalmente, también está legitimado activamente el Ministerio fiscal para ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios (art. 33.4 LCD).

La legitimación pasiva corresponde al autor del acto de competencia desleal, la publicidad ilícita o la práctica comercial desleal y a cualquier cooperador. El autor es la persona que ha realizado u ordenado el acto de competencia desleal, la publicidad ilícita o la práctica comercial desleal, y el cooperador, cualquier persona que ha cooperado en su realización. La regla anterior es aplicable a todas las acciones derivadas de un acto de competencia desleal con la salvedad de la acción de enriquecimiento injusto, que sólo puede dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento (art. 34.1 LCD).

En el caso de que los autores del acto de competencia desleal, la publicidad ilícita o la práctica comercial desleal sean trabajadores o colaboradores y lo hubieran realizado en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las reglas para determinar la legitimación pasiva están en función del tipo de

acción ejercitada. Las acciones declarativa de deslealtad, de cesación, de remoción y de rectificación deben dirigirse contra el principal (art. 34.2 LCD), mientras que la legitimación pasiva en la acción de resarcimiento de daños y perjuicios y en la acción de enriquecimiento injusto se determina por aplicación de las reglas del derecho civil (art. 34.2 *in fine* LCD) y, por tanto, podrán dirigirse contra el principal y los trabajadores o colaboradores conjunta o separadamente (arts. 1902 y 1903.IV, CC).

### **La prescripción**

La disciplina de la prescripción de las acciones derivadas de la realización de un acto de competencia desleal, publicidad ilícita o práctica comercial desleal es distinta en función de si se ejercita o no en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios. Así, el artículo 35 I LCD establece dos plazos de prescripción. El primero es un plazo anual que se computa desde el momento en el que puede ejercitarse la correspondiente acción y el legitimado tiene conocimiento de la persona que ha realizado el acto de competencia desleal, la publicidad ilícita o la práctica comercial desleal. El segundo es un plazo trienal y su cómputo se efectúa desde el momento de la realización del acto de competencia desleal, la publicidad ilícita o la práctica comercial desleal. Estos dos plazos son recíprocamente excluyentes, de modo que la prescripción se produce en el momento en el que haya transcurrido uno de los dos plazos, aunque el cómputo del otro no se haya aún iniciado o completado. En cambio, cuando las acciones se ejercían en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios se rigen por lo dispuesto en el artículo 56 del TRLGDCU y, por tanto, son imprescriptibles.

## Resumen

El derecho de la competencia comprende el derecho de defensa de la competencia y el derecho contra la competencia desleal, que históricamente surgen en distintos momentos y para satisfacer finalidades diversas, aunque en la actualidad ambos conjuntos normativos comparten fundamento, objeto y función. El fundamento teórico y el significado del derecho de la competencia se encuentran en la teoría económica y, en concreto, en la teoría del monopolio que permite conocer el significado de la noción de competencia y explica los costes sociales que producen las conductas limitativas de la competencia. La institucionalización de la competencia en la Constitución española mediante el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado constituye el fundamento jurídico del derecho de la competencia.

El derecho de defensa de la competencia, tanto el español como el comunitario, contiene la disciplina estructural de la competencia mediante la tipificación de las conductas limitativas de la competencia prohibidas: conductas colusorias, abuso de posición dominante y, además, en el derecho español, las conductas desleales de relevancia *antitrust*. La realización de cualquiera de estas conductas cuando tiene por objeto o efecto, real o potencial, impedir, restringir o falsear la competencia constituye una infracción; y esto a pesar de que la competencia no constituye el único valor tutelado; ni en nuestro ordenamiento ni en el comunitario se prevé un sistema de exenciones destinado a satisfacer la consecución de otras finalidades igualmente atendibles.

El sistema de prevención, aplicación y sanción del derecho de defensa de la competencia es, fundamentalmente, público, pues, por razones diversas, está atribuido a unos órganos especializados e independientes de la Administración Pública estatal y autonómica. La imposición de las sanciones previstas por la realización de alguna de las conductas limitativas de la competencia prohibidas se lleva a cabo mediante el inicio, instrucción y resolución de un procedimiento sancionador. No obstante, la descentralización en la aplicación del derecho de defensa de la competencia se ha producido no sólo con relación a las competencias ejecutivas que corresponden, respectivamente, a los órganos estatales y autonómicos, sino también como consecuencia de la atribución a los juzgados de lo mercantil de la competencia objetiva para conocer cuantas cuestiones sean de competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC y también de los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 del TCE), y, consecuentemente, también de las acciones de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por las conductas prohibidas.

El contenido del derecho de defensa de la competencia comprende asimismo la disciplina de control de las concentraciones económicas y de las ayudas públicas. La disciplina de control de las concentraciones está destinada en nuestro ordenamiento, a diferencia del comunitario, no sólo a cumplir una función de tutela de la competencia, sino también, y sobre todo, a permitir al Gobierno el desarrollo de una política industrial mediante la atribución al mismo de la potestad de autorizar las operaciones de concentración en función de intereses generales distintos de la defensa de la competencia. El control de las ayudas públicas que distorsionan la competencia está mucho más desarrollado en la Unión Europea que en nuestro ordenamiento, en el que tiene carácter discrecional.

Las conductas de los operadores económicos que no están basadas en la eficiencia de las propias prestaciones constituyen actos de competencia desleal porque distorsionan alguno de los presupuestos de la competencia económica tutelada en este ámbito por el derecho contra la competencia desleal. La realización de los actos de competencia desleal en el mercado y con fines concurrenciales configurados como presupuestos de aplicación de esta disciplina derivan de su fundamento, objeto y función que también se encuentran en la competencia. La prohibición de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, se plasma mediante una cláusula general y mediante la tipificación de los actos de competencia desleal y las prácticas comerciales desleales más significativas. La combinación de los presupuestos de aplicación con el contenido de la cláusula general nos permite afirmar que son desleales las conductas de cualquier persona, física o jurídica, realizadas en el mercado con fines concurrenciales que resulten objetivamente contrarias a las exigencia de la buena fe y produzcan, real o potencialmente, el efecto de falsear la competencia en el mercado español.

La ordenación de los actos de competencia desleal más significativos tipificados expresamente comprende tres grupos ordenados según el criterio de los intereses tutelados y afectados de modo principal por cada uno de aquéllos. Estos tres grupos de actos de competencia desleal son el de los actos de deslealtad frente al consumidor, el de los actos de deslealtad frente al competidor y el de los actos de deslealtad de mercado. Esta ordenación nos permite, asimismo, descubrir los principios constituidos por el legislador en presupuestos para la existencia de la competencia. Por su parte, las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios comprenden las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas. La tutela institucional de la competencia contra los actos de competencia desleal, la publicidad ilícita y las prácticas comerciales desleales, se despliega mediante la tipificación de un conjunto de acciones para cuyo ejercicio se establece una amplia legitimación activa y que también permiten la satisfacción de los correspondientes intereses privados que, en su caso, resulten lesionados. La acción más destacable por su objeto y por su efectividad es, sin duda, la acción de cesación, pues cumple

una función de tutela tanto institucional como privada; mientras que la relevancia de la acción de indemnización de daños y perjuicios y de la acción de enriquecimiento injusto reside en la función tutelar de intereses privados.



## **Ejercicios de autoevaluación**

1. Estableced los caracteres de las conductas colusorias y la naturaleza de las diversas categorías previstas en la legislación de defensa de la competencia.
2. Exponed el fundamento del control de las concentraciones económicas y relacionadlo con las operaciones de concentración sujetas a la obligación de obtener una autorización administrativa previa a su ejecución.
3. Enumerad los presupuestos de aplicación de la disciplina contra la competencia desleal y referid su significado.

## Solucionario

1. Las conductas colusorias son las realizadas en común por dos o más operadores económicos con el objeto o efecto, real o potencial, de limitar la competencia y conseguir los beneficios asociados a los monopolios. La naturaleza de las conductas colusorias es diversa y el artículo 1.1 LDC contempla los acuerdos horizontales o verticales entre dos o más operadores económicos, las decisiones o recomendaciones que tienen su origen en los acuerdos adoptados por los miembros de una organización, las prácticas concertadas y las prácticas conscientemente paralelas que se distinguen entre sí por la presencia o no de un elemento consensual en el desarrollo de la práctica.

2. El fundamento del control de las concentraciones económicas reside en que cuando el aumento del tamaño de un operador económico se produce como consecuencia de una operación de concentración ésta puede producir o bien un aumento de la eficiencia, o bien una limitación de la competencia. Esta última consecuencia sólo podrá tener lugar cuando la operación de concentración obstaculice el mantenimiento de una competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional y por esto únicamente están sujetas a la obligación de notificación previa de las operaciones que se sitúan en los umbrales previstos en el artículo 14 LDC.

3. Los presupuestos objetivos de aplicación de la LCD son que el comportamiento desleal se produzca en el mercado y con una finalidad concurrencial. La necesaria concurrencia de estos dos presupuestos objetivos se explica porque el objeto de protección es la institución de la competencia y ésta sólo puede falsearse por un comportamiento desleal cuando éste se produzca en el mercado y con fines concurrenciales. Esta tutela institucional de la competencia también explica que no se exija como presupuesto ninguna condición subjetiva en los sujetos que realizan el comportamiento desleal, ni tampoco la presencia de una relación de competencia entre aquéllos y la persona afectada por el acto desleal.

## Bibliografía

**Costas Comesaña, J.** (1997). *Los cárteles de crisis*. Madrid: Marcial Pons.

**Gómez Segade, J. A.** (1989-1990). "La nueva Ley de Defensa de la Competencia", *ADI* (pág. 579 y ss).

**Madrenas, C.** (1990). *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*. Madrid: Cívitas.

**Massaguer, J.** (1999). *Comentario a la Ley de competencia desleal*. Madrid: Cívitas.

**Massaguer, J. y otros** (dir.) (2008). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Madrid: Cívitas.

**Menéndez, A.** (1988). *La competencia desleal*. Madrid: Cívitas.

**Tato, A. y otros** (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Wolters Kluwers, LA LEY.

