

Derecho Mercantil I

Tema 6. El derecho de la competencia

Índice



Esquema

Ideas clave

- 6.1. ¿Cómo estudiar este tema?
- 6.2. Marco normativo
- 6.3. La Ley de Defensa de la Competencia
- 6.4. La Ley de Competencia Desleal

A fondo

Prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia

Jurisprudencia. Caso geles de baño

Sobre la publicidad comparativa

Los objetivos de la política antitrust

Desmotadoras de algodón

La nulidad por infracción del derecho de la competencia

El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria

La aplicación del derecho de la competencia en España

Ejemplos de principales casos reales: quiebra de Dentix

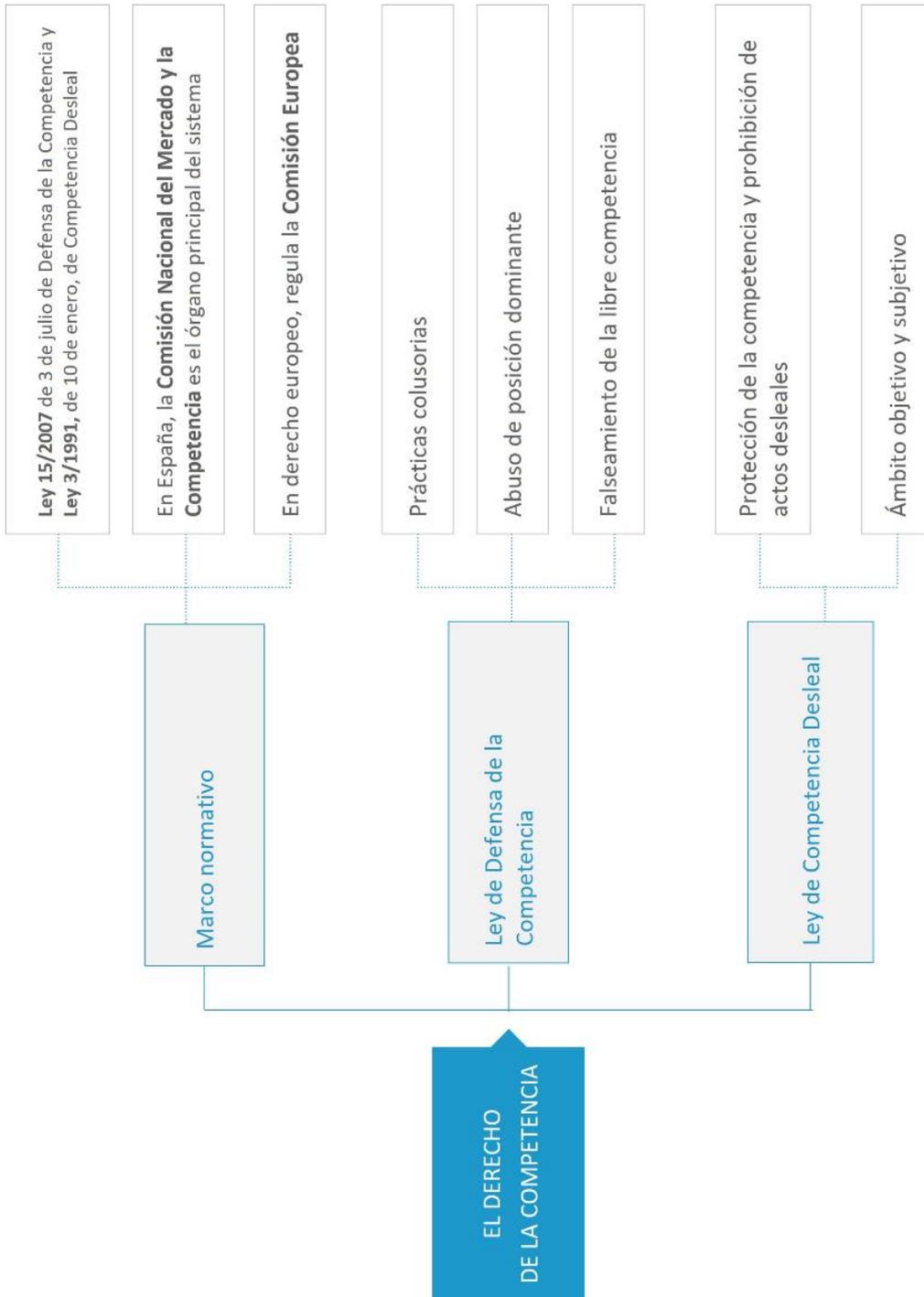
Ejemplos de principales casos reales: fusión Bankia-CaixaBank

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Competencia comunitaria

El programa de clemencia

Test



6.1. ¿Cómo estudiar este tema?

Para estudiar este tema, lee estas Ideas clave y consulta la legislación (actualizada) y la bibliografía que se recomienda.

El derecho de la competencia regula las normas del mercado en un doble sentido: por una parte, en cuanto se trata de un **derecho garantizado constitucionalmente** (art. 38 CE: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación»), que **permite el sistema de economía de mercado** amparado por ella, y que **conforma** —con otros principios y derechos— **el marco constitucional económico**.

Y, por otra, **regulando las prácticas entre empresarios**, y de estos con los consumidores.

Vemos, entonces, que el sistema está formado por dos grandes leyes: la **Ley de Defensa de la Competencia** (LDC), que se encarga de la **competencia como valor esencial** del sistema y señala qué prácticas lo atacan, y la **Ley de Competencia Desleal** (LCD), que se ocupa de **regular la práctica de las organizaciones** en este ámbito.

No obstante, a nadie se le escapa que estos dos ámbitos, que se regulan por separado, en realidad **son dos facetas del mismo asunto**. La propia LDC tiene, de hecho, una suerte de vaso comunicante entre ambas, con el fin de considerar contrarias a la competencia las prácticas de la LCD en determinados casos, como se verá.

Estudiaremos, entonces, estos dos puntos de vista sobre la regulación de la competencia, pero no sin añadir **que este campo tiene una derivada importantísima en el derecho europeo**, sobre todo a la hora de enjuiciar los supuestos susceptibles de analizarse desde el punto de vista del Estado o de la Unión.

6.2. Marco normativo

Las normas de competencia se originaron en Estados Unidos, en el siglo XIX, a partir de la **concepción liberal del mercado como un equilibrio entre la oferta y la demanda** (competencia perfecta), y llegaron a España en los años 50, a partir del tratado de amistad con Estados Unidos.

La propia existencia de leyes *antitrust* es discutida por los teóricos de la economía. Algunos consideran que, dado que el modelo de competencia perfecta no es real, ya que el mercado no es estático sino dinámico (**competencia efectiva frente a competencia perfecta**), y teniendo en cuenta que, en último término, será un organismo público el que determinará qué conductas son anticompetitivas, este corpus normativo es, más que un arma defensiva del mercado, un vehículo para que el Estado intervenga en él, convirtiéndose en un factor distorsionador de este.

Por contra, se sostiene que es inevitable la intervención reguladora del Estado, en cuanto que lo contrario propiciaría el abuso de los competidores más fuertes, llegándose al modelo de **competencia salvaje**.

Sea como sea, puesto que España es miembro de la UE, **tenemos que tener en cuenta tanto la legislación española la normativa emanada de la Unión Europea**, tal y como se acaba de decir. Cada una tiene su propio ámbito de aplicación, aunque, como se verá, no siempre se trata de una separación diáfana.

Normas de derecho nacional

- ▶ La Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), que desarrolla el Reglamento aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero y completa Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

- ▶ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).

Hay que tener en cuenta que las llamadas comunidades autónomas que tengan traspasada la competencia de gestión del mercado la tendrán también en la aplicación de estas normas (*cf.* Ley 1/2002 de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las CC. AA.).

Las normas de derecho europeo relativas a la competencia se contienen fundamentalmente en los artículos 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). Se completan tales normas con el Reglamento (CE) número 1/2003 del Consejo del 16 de diciembre de 2002 y con el Reglamento (CE) número 139/2004 del Consejo de 20 de enero relativo al control de las concentraciones entre empresas. Además, el derecho comunitario de la competencia se integra en múltiples comunicaciones y directrices sobre la aplicación de los Reglamentos.

Derecho nacional y derecho comunitario

No es cuestión fácil determinar **el ámbito reservado a la aplicación de las normas comunitarias y nacionales**. El criterio es distinto según se trate de prácticas anticompetitivas o de concentraciones de empresas, que son los dos grandes grupos de conductas que consideran las leyes *antitrust*.

En materia de prácticas anticompetitivas, las normas comunitarias se aplican cuando esas prácticas pueden afectar al comercio entre los estados miembros de la UE, mientras que el derecho español se aplica a las conductas restrictivas de la competencia en todo o parte del mercado nacional. Pero puede darse el caso de que una misma práctica **recaiga en los dos ámbitos de aplicación**. Para ello, el tribunal comunitario ha elaborado la discutidísima **teoría de la doble barrera**, que implica, en la práctica, un doble enjuiciamiento y posiblemente una doble sanción, contraviniendo, al decir de sus críticos, el principio *non bis in ídem*.

En el **caso de las operaciones de concentración empresarial**, sin embargo, **rige la regla del control único**, que se realiza bien por la autoridad comunitaria bien por las autoridades nacionales según si la concentración alcanza o no unos determinados niveles de volumen de negocio.

Órganos de defensa de la competencia

Derecho nacional

El vértice del sistema es la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** (CNMC), entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (tal es el nombre que recibe en el momento en el que se redactan estas líneas). Como ya se ha dicho, en las CC. AA. pueden existir órganos administrativos semejantes a la CNMC, si tiene adscritas las competencias, y siempre dentro de su ámbito.

En el ámbito judicial, **son competentes los juzgados de la mercantil** de cada partido, cuando así lo establezca la LDC.

Derecho europeo

Es competencia de la Comisión Europea, lo que no quiere decir —antes al contrario— que los tribunales y órganos administrativos defensores de la competencia de cada Estado miembro no pueda aplicar la normativa europea si así lo considera.

6.3. La Ley de Defensa de la Competencia

LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (Ley 15/2007 de 3 de julio)		
PRÁCTICAS PROHIBIDAS		
Acuerdos ilícitos entre empresas con el fin de falsearlas (prácticas colusorias) (art. 1 LDC)	Abuso de posición dominante (art. 2 LDC)	El falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3 LDC)
<ul style="list-style-type: none"> Define práctica colusoria. Señala conductas prohibidas. Indica excepciones. Sanciona la intención e idoneidad, no el resultado, y si afecta a todo el mercado. 	<ul style="list-style-type: none"> Decisiones que afecten al mercado. No hay excepciones. No prohíbe la posición dominante, sino su abuso. 	<ul style="list-style-type: none"> Para constituir un comportamiento prohibido, la deslealtad debe alterar el funcionamiento propio de la competencia.
EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS		
Unión de dos o más empresas con la desaparición de algunas de ellas	Norma considera que toda concentración es nociva para la competencia	Concentraciones y control de las mismas es competencia de la CNMC
EL CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS		

Tabla 1. Regulaciones de la LDC.

Las prácticas prohibidas

La LDC establece en sus tres primeros artículos las prácticas que considera **prohibidas**, por atacar la libre competencia: los **acuerdos ilícitos entre empresas**, encaminados a falsearla (prácticas colusorias); el **abuso de posición dominante**, y el **falseamiento de la libre competencia** por actos desleales.

Antes de entrar a examinarlos, debe tenerse en cuenta, por un lado, que el **artículo 5 LDC consagra el principio llamado de mínimos**, al establecer que las prohibiciones no se aplicarán a las prácticas de escasa importancia. Por otro lado, la ley faculta a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para adoptar de oficio una **decisión relativa a la inaplicabilidad de las prohibiciones** a las prácticas mencionadas incluido el abuso de posición dominante (art. 6 LDC).

Veamos ahora estas prácticas prohibidas.

Las prácticas colusorias

Artículo 1 LDC. Conductas colusorias.

«1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los 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 desventajosa frente a otros.

»e) La 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.

»2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

»3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

»a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

Este artículo, que es la espina dorsal de la ley, recoge, por una parte, el **concepto de práctica colusoria** (el acuerdo ilícito), y, por otra, **las conductas prohibidas**, en una enumeración meritoria, pero que en modo alguno es un *numerus clausus*.

Pero también las **excepciones**. Es decir: puede haber **conductas que, siendo colusorias, quedan exentas de la aplicación de la norma**, por intereses superiores: bien porque se adaptan, a su vez, a otras normas, o porque el Gobierno español entienda, previa consulta a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (que es como se llama ahora la Comisión Nacional de la Competencia), que conviene más a los intereses económicos no aplicar la norma que aplicarla.

Nótese, en todo caso, que estas prácticas colusorias deben cumplir **dos requisitos**:

- ▶ Que tenga por objeto o produzca o pueda producir el **efecto anticompetitivo**. Es decir: **se sanciona la intención y la idoneidad**, incluso si no se obtuvo el resultado ilícito.
- ▶ Que la conducta colusoria **afecte a todo o parte del mercado nacional**.

El abuso de posición dominante

Según el artículo 2 LDC:

«1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

»2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

»a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios 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 servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

»e) La 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 dichos contratos.

»3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal».

»b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

»c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

»4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

»5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia».

Se entiende que una empresa tiene **posición dominante en el mercado cuando puede tomar decisiones económicas que afectan al mercado**, sin tener en cuenta a sus competidores. Esta posición dominante viene determinada por **criterios económicos**. En primer lugar, hay que **delimitar el mercado de referencia**, que se hace en atención a criterios geográficos y temporales, y según el tipo de producto o servicio que se ofrece. A estos efectos se tiene en cuenta que **se consideran**

pertenecientes al mismo mercado los productos entre sí sustitutivos (por ejemplo, el té y el café, el avión o el tren, etc.).

En segundo lugar, hay que tener en cuenta los factores que determinan la posición de dominio. El principal es la **cuota de mercado**, pero también debe examinarse la **existencia de barreras de entrada de nuevos competidores** o la existencia de demandantes de producto o servicio con poder de mercado suficiente como para equilibrar la posición dominante.

La posición dominante puede venir ocupada por una o varias empresas que son las que practican el abuso. Como sea, **la prohibición del abuso de posición dominante es absoluta y automática, sin que quepan excepciones**. De todas maneras, de acuerdo con la naturaleza de la ley, la explotación abusiva que se reprime tiene que repercutir en el mercado o afectarle.

Debe notarse que, en todo caso, **no se prohíbe el ocupar una posición dominante, sino el abusar de ella**.

El falseamiento de la libre competencia por actos desleales

Artículo 3 LDC. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

«La Comisión Nacional de [los Mercados y] la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público».

La práctica prohibida por este artículo consiste necesariamente en un acto desleal según determina la LCD, que veremos a continuación. Se trata de una cláusula de comunicación entre dos normas que regulan aspectos distintos de la misma cosa. Pero solo procederá su aplicación cuando el acto no pueda enjuiciarse a la luz de la LCD.

En este caso, **para constituir un comportamiento prohibido, la deslealtad debe alterar el funcionamiento propio de la competencia.** Esto se menciona en la Ley por referencia al interés público que ha de quedar comprometido por el acto desleal que se considera práctica prohibida por la LDC.

El control de las concentraciones económicas

La **concentración de empresas implica la unión de dos o más empresas independientes con la consiguiente desaparición de todas o alguna de las empresas que se concentran.** Aunque no sea privativo de las empresas sociales, es verdad que las formas más usuales de concentración empresarial se refieren a sociedades que de una u otra forma se fusionan.

La norma considera —y en esto no toda la doctrina está de acuerdo— **que toda concentración de empresas perjudica a la competencia.** Bajo este punto de vista, sin duda muy intervencionista (pero las leyes de competencia tienen todas ellas un sesgo ideológico indiscutible, a favor o en contra de la intervención de los poderes públicos en la economía), el artículo 7 LDC desgana minuciosamente qué es una concentración económica:

Artículo 7. Definición de concentración económica.

«1. A los efectos previstos en esta Ley se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de:

- »a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o
- »b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.
- »c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

»2. A los efectos anteriores, el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante:

»a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa,

»b) contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

»En todo caso, se considerará que ese 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.

»3. No tendrán la consideración de concentración:

»a) La mera redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo.

»b) La tenencia con carácter temporal de participaciones que hayan adquirido en una empresa para su reventa por parte de una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición. Con carácter excepcional, la Comisión Nacional de la Competencia podrá ampliar ese plazo previa solicitud cuando dichas entidades o sociedades justifiquen que no ha sido razonablemente posible proceder a la realización en el plazo establecido.

»c) Las operaciones realizadas por sociedades de participación financiera en el sentido del apartado 3 del artículo 5 de la cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, que adquieran con carácter temporal participaciones en otras empresas, siempre que los derechos de voto inherentes a las participaciones sólo sean ejercidos para mantener el pleno valor de tales inversiones y no para determinar el comportamiento competitivo de dichas empresas.

»d) La adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa concursal».

El artículo 8 LDC limita el control a las concentraciones de cierta importancia cuantitativa, lo que viene a suavizar el régimen:

Artículo 8. Ámbito de aplicación.

«1. El procedimiento de control previsto en la presente Ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

»a) Que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un 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 negocios superior a 60 millones de euros».

No obstante, lo cierto es que **los criterios con los que se mueve la norma no son claros**. Quizás hubiera sido más acertado, en vez de empezar prohibiendo las concentraciones, permitir las, sin perjuicio de sancionar a las que provocaran vulneraciones a la competencia.

El control de las concentraciones económicas corresponde a la CNMC, a la que debe ser notificado el propósito de llevarla a cabo. Solo cuando haya recaído resolución favorable podrá ejecutarse la concentración proyectada (*cf.* art. 9 LDC). Hay que tener en cuenta que, por silencio administrativo positivo, si pasados determinados plazos sin que se haya producido resolución, se considera autorizada la concentración (*cf.* arts. 36 y 38 LDC).

El control de las ayudas públicas

La distorsión que sin duda introduce, en el comportamiento competitivo de los operadores económicos, **el hecho de que lleguen a disfrutar de ayudas públicas explica que una ley que se propone la defensa de la libertad de competencia trate de las ayudas públicas que pueden canalizarse a los operadores en el mercado.**

Se otorga competencia a la CNMC para que, de oficio o a instancia de las Administraciones Públicas, pueda analizar los criterios de concesión de las ayudas en relación con sus posibles efectos en la competencia (art. 11 LDC).

Por su parte, el **derecho europeo establece la prohibición de ayudas públicas que afecten a la competencia**, salvo las excepciones establecidas, de las cuales, unas se aplican de manera automática, y otras, solo previa autorización individualizada.

6.4. La Ley de Competencia Desleal

LEY DE COMPETENCIA DESLEAL (Ley 3/1991 de 10 de enero)		
Ámbito objetivo (art. 2 LCD)	Ámbito subjetivo (art. 3 LCD)	
<ul style="list-style-type: none"> • Actos con fines concurrenciales. • Actos que promueven las difusiones en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. • Aplicable antes, durante y después de una operación comercial. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se aplica a cualquier sujeto que participe en el mercado. • Deja fuera del acto desleal a una relación de competencia entre sujetos. 	
NORMAS MATERIALES		
Tipifican supuestos concretos	Incluye una cláusula general que señala la imposibilidad de precisar por anticipado todos los actos desleales	Corresponde a los tribunales precisar la subsunción de la práctica en cada uno de los tipos legales

Tabla 2. Ley de Competencia Desleal.

Los **actos de competencia han de ser leales para poder ser verdaderamente competitivos**. Esa lealtad se extiende hacia los competidores propiamente dichos; pero también frente a los consumidores, y comprende tanto la libertad que surge de la falta de restricciones hacia los competidores, como la lealtad en los comportamientos.

La lealtad competencial, entonces, es el objeto de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Artículo 1. Finalidad.

«Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad».

Puede llamar la atención la **inclusión de la publicidad** de forma tan expresa. La razón es que, desde la última gran reforma de la LDC, en el año 2009, **se incluyó la publicidad ilícita entre las prácticas potencialmente desleales**, y se dejó, en consecuencia, vacía de contenido, prácticamente, la añeja Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Es decir: la LCD recoge, en gran parte, la regulación de la publicidad que se regulaba en aquella.

La LCD tiene dos ámbitos: uno **objetivo** y otro **subjetivo**.

En el primero, todos los actos que se realizan en el mercado con **finés concurrenciales**, es decir, con **finés de hacer notar la rivalidad del sujeto con otros sujetos** que operan en el mismo mercado:

Artículo 2. Ámbito objetivo.

«1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

»2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

»3. La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no».

En el subjetivo, el artículo 3 señala:

«1. La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.

»2. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal».

Nótese que, en el último inciso, la LCD desvincula el acto desleal de la existencia de una relación competencial entre los sujetos.

Normas materiales

Las **normas materiales relativas a la deslealtad tipifican unos supuestos concretos de competencia desleal**. Todavía dentro de estas normas se puede distinguir entre prácticas desleales que podríamos llamar generales (arts. 5-18 LCD) y las prácticas desleales desde el punto de vista de los consumidores o usuarios (arts. 19-31 LCD).

Al lado de las normas tipificadoras de prácticas, actos o conductas, la Ley establece una **cláusula general** a modo de cláusula de cierre del sistema que pretende **prevenir que, por la inevitable imposibilidad de precisar por anticipado todos los posibles supuestos de deslealtad, puedan realizarse prácticas de esa naturaleza**. La **cláusula general** (art. 4 LCD) contempla, a su vez también, unas especificaciones para cuando se trata de **actos o conductas dirigidos a consumidores y usuarios**.

Debe notarse que un mismo acto puede ser que presente perfiles como para incluirse en diversos supuestos tipificados de deslealtad. En tales casos ciertamente se le podrá calificar de deslealtad por resultar incurso en distintos supuestos, pero para que ello sea así será menester que el acto cumpla los presupuestos precisos para poder ser incluido en cada una de las prácticas desleales tipificadas que correspondan.

La **tipificación** realizada por la ley obedece a la experiencia, pero se tienen que tener en cuenta las dificultades inherentes a la tipificación, puesto que no deja de referirse a acciones humanas futuras en las que la total aprehensión de todos sus matices resulta sencillamente imposible. Razón por la cual a los tribunales corresponde la tarea, especialmente delicada, de precisar en cada caso **los**

contornos que permitan la subsunción de la práctica en los enunciados de cada uno de los tipos legales.

Esa misma tarea queda confiada a la jurisprudencia con respecto a la precisión de los términos de la cláusula general del artículo 4 LCD. Como ha reconocido la propia jurisprudencia, la cláusula general exige necesariamente **precisar para cada caso concreto el sentido de las palabras con que la cláusula se expresa**. Como principio indiscutible para el razonamiento jurídico acerca de dicho sentido, se señala que una práctica que no se ajuste a las formas de deslealtad tipificadas en la ley puede ser considerada **desleal** a partir de la cláusula general, siempre que sea disfuncional en cuanto al buen funcionamiento del mercado competitivo.

La importancia que tiene el conocer todas y cada una de las prácticas desleales tipificadas en la ley, así como las prácticas comerciales desleales con consumidores a las que la ley también se refiere, exige que te remitamos a la detenida lectura del Manual (págs. 110 a 114). Te resultaría muy provechoso efectuar esa lectura con la Ley de Competencia Desleal a la vista para prestar especial atención a los artículos 4 a 31.

Aspectos procesales

La LCD se ocupa también de algunos aspectos procesales. Trata, en primer lugar, de **las acciones que pueden interponerse ante los tribunales contra los actos de competencia desleal** (art. 32 LCD). Trata también de la importante cuestión de la **legitimación activa**, es decir, de quién puede interponer la acción (art. 33 LCD), y de **la legitimación pasiva**, es decir, de aquel o aquellos contra quienes puede interponerse la acción (art. 34 LCD). Asimismo, trata del importante aspecto de la **prescripción de las acciones** (art. 35 LCD) y, finalmente, de las posibles diligencias preliminares (art. 36 LCD).

Códigos de conducta

La LCD se ocupa de los **códigos de conducta**. Se trata de un fenómeno reciente pero cada vez más extendido en diversos sectores de la actividad económica. Son **repertorios de estándares de conducta** que se considera apropiada en relación con determinados sectores de la actividad, de modo que cualquier práctica contraria al código se reputa mala práctica.

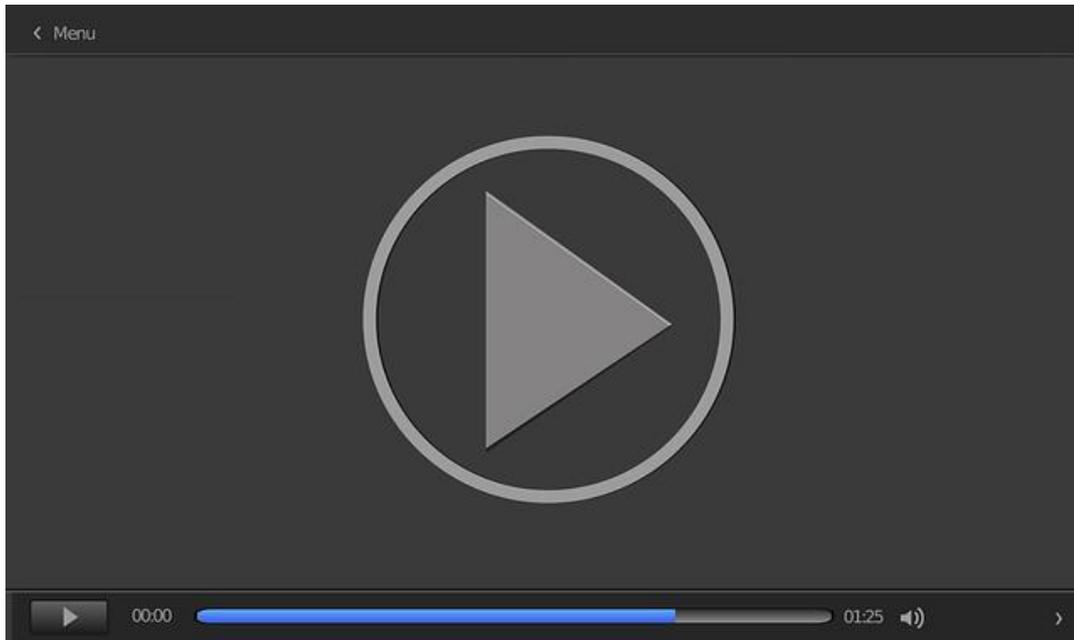
Los códigos de conducta proceden de corporaciones, asociaciones, organizaciones de empresarios, profesionales y consumidores. Su naturaleza jurídica es dudosa puesto que se encuentran en una incierta vía media entre la deontología profesional y el derecho de creación voluntaria. Esta incierta naturaleza se advierte al pensar que se suele hablar de *soft law*. Los **códigos**, por otra parte, suelen vincularse al **fenómeno de la autorregulación**, en el sentido de que su aplicación se confía a la propia organización de la que el código emana para que lleve a cabo su aplicación por medio de órganos *ad hoc*.

La sanción por el incumplimiento de las normas de los códigos, que es una sanción que se siente en el círculo social de los afectados, **es** en la mayoría de los casos **más aflictiva que una sanción jurídica incluso propiamente punitiva** (recuerda que, a veces, se habla de pena de banquillo o de estigmatización; con independencia del juicio adverso que nos pueden merecer estas alusiones a la coerción social por tomarse solo en consideración a personas pertenecientes a ciertos estamentos, la referencia a lo injustificada que está la coacción social en determinados casos está plena de sentido).

La LCD es, sin embargo, consciente de que los códigos de conducta y, sobre todo, su aplicación por los propios interesados puede suponer **restricciones o falseamiento de la competencia** y, por eso, concede la posibilidad de combatirlos mediante las acciones judiciales correspondientes.

No obstante, la LCD también prevé que en determinados casos de **prácticas susceptibles de ser consideradas desleales** debe instarse ante el órgano de control del código la actuación adecuada contra la práctica antes del ejercicio de las acciones judiciales. Los casos a que nos referimos son los previstos en los artículos 5.2 y 32.1 2.º y 4.º LCD. En el resto de los supuestos, **la existencia de un código de conducta y de un órgano llamado a aplicarlo no condiciona, limita, ni restringe la posibilidad de acudir directamente a los tribunales** (art. 39 LCD).

Prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia



Accede al vídeo:

<https://unir.cloud.panopto.eu/Panopto/Pages/Embed.aspx?id=0e71c48f-b25f-4689-813a-b1220118a556>

El profesor don José Luis de Micheo, en esta lección, analiza las dos primeras prácticas prohibidas, la colusión y el abuso de posición dominante, que aparecen en la Ley de Defensa de la Competencia.

Jurisprudencia. Caso geles de baño

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª). Sentencia núm. 2520/2015, de 8 de junio.
<http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/TS%20Cont%208junio2015.pdf>

Una sentencia emblemática sobre prácticas colusorias: las grandes compañías de geles de baño llegan al acuerdo de subir los precios mediante la reducción de los envases.

Sobre la publicidad comparativa

Lema, C. (2005). De nuevo sobre la publicidad comparativa. *Actas de Derecho Industrial*, 26, pp. 231-246. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/nuevo-publicidad-comparativa-228641573>

Artículo muy interesante sobre este tipo de publicidad, uno de los más controvertidos en nuestro derecho y de los que más suelen llamar la atención tanto de los estudiantes como del público en general.

Los objetivos de la política antitrust

Kirzner, I. (1998-1999). Los objetivos de la política antitrust: una crítica. *Información Comercial Española, Revista de economía*, 775, pp. 67-68.

Interesante resumen de los problemas que plantea la propia definición de los objetivos de las normas tutelares de la libre competencia.

Desmotadoras de algodón

Pascual, C. (1997). Desmotadoras de algodón. Funcionamiento y efectos de un cártel «del libro». *Anuario de Derecho de la Competencia*, 1, pp. 371-386.

Curiosa descripción de un caso concreto y paradigmático de vulneración de las normas sobre libre competencia.

La nulidad por infracción del derecho de la competencia

Miravalls, J. M. (2019). La nulidad por infracción del derecho de la competencia: sobre la necesaria revisión de la práctica jurisprudencial española. *Revista Derecho UNED*, (25), 17-59. <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/26985>

Este trabajo pretende establecer las conexiones existentes entre el derecho de la competencia, el derecho de daños y el derecho contractual a partir de la nulidad por infracción del derecho *antitrust*. Su finalidad es exponerlas de un modo sistemático, tratando de destacar ciertas contradicciones existentes actualmente en la práctica jurisprudencial española, contribuyendo a deshacer la tensión jurisprudencialmente creada entre estos importantes sectores del ordenamiento.

El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria

Leñena-Mendizábal, E. El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales. *Cuadernos de Derecho y Comercio* 2013, (59), 85-146.
<https://www.notariado.org/portal/documents/176535/641205/n%C3%BAm+59+-+Sumario+-+ESTUDIOS+DOCTRINALES+-+El+avance+en+la+protecci%C3%B3n+de+la+persona+consumidora+y+usuaria+ante+las+nuevas+pr%C3%A1cticas+comerciales+desleales%2C+por+Elena+Lei%C3%B1ena+Mendiz%C3%A1bal.pdf/0896e8af-300d-0f51-cd01-f1a49ccbfeeb?t=1571241025154>

La incorporación de la directiva sobre prácticas comerciales desleales a través de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, ha supuesto, además de la modificación del régimen legal de la competencia desleal y la publicidad, la oportunidad de dotar al ordenamiento de un instrumento jurídico que mejora la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios. El actual régimen jurídico de competencia desleal prevé todo un elenco de acciones con la finalidad de hacer frente a las conductas refutables de los empresarios en sus relaciones con los consumidores.

La aplicación del derecho de la competencia en España

Folguera-Crespo, J. y Arranz-Fernández, T. (2018). La aplicación del derecho de la competencia en España: últimos 25 años. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (49), 255-262.

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5904/documento/art020.pdf?id=8356>

La aplicación del derecho de la competencia está íntimamente ligada a los desarrollos en el funcionamiento de los mercados y a la evolución de la sociedad en su conjunto. Este trabajo pretende analizar brevemente algunas tendencias ya identificadas por Aurelio Menéndez hace veinticinco años que han marcado los límites de la intervención por parte de las autoridades de defensa de la competencia. Resulta de especial relevancia el conflicto existente entre el interés social por una competencia efectiva y la necesidad de velar por los derechos de los administrados.

Ejemplos de principales casos reales: quiebra de Dentix

Manso, C. y Sánchez, T. (2020, octubre 10). Quiebra de Dentix: «Hay una enorme opacidad en las inspecciones a las cadenas de clínicas dentales». *ABC*. https://www.abc.es/economia/abci-quiebra-dentix-enorme-opacidad-inspecciones-cadenas-clinicas-dentales-202010100119_noticia.html

Noticia sobre la quiebra de la cadena de clínicas dentales como ejemplo práctico de competencia desleal.

Ejemplos de principales casos reales: fusión Bankia-CaixaBank

CaixaBank. Página web oficial. <https://www.bankia.com/es/comunicacion/fusion-caixabank-bankia/>

Ejemplo práctico de cómo la regulación de la competencia debe estar presente en casos como las fusiones bancarias y sus implicaciones.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Accede a la página web a través del aula virtual o desde la siguiente dirección:

<https://www.cnmc.es/>

Web oficial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Competencia comunitaria

Accede a la página web a través del aula virtual o desde la siguiente dirección:

<http://ec.europa.eu/competition>

Página de la Unión Europea sobre las normas y actuaciones en materia de competencia comunitaria.

El programa de clemencia

Guzmán, C. (2012). El programa de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica. *Working Papers IE Law School*, AJ8-188. <https://cee.ie.edu/sites/default/files/AJ8-188.pdf>

Análisis de primera línea del programa de clemencia. Es decir, el sistema que permite a las empresas obtener una condena más suave si colaboran con las autoridades de competencia en la investigación de posibles conductas concurrenciales.

1. Señala cuál de las siguientes afirmaciones es la correcta:
 - A. El mercado, por definición, es competitivo; si no es competitivo, no existe el mercado.
 - B. La competencia implica que no existan barreras de entrada ni de salida en el mercado.
 - C. La competencia precisa la transparencia en las informaciones suministradas al mercado, pues solo así se garantiza un mercado competitivo y libre, de modo que rige la soberanía del consumidor.
 - D. Todas las anteriores son correctas.

2. La competencia mercantil:
 - A. Ha de ser libre.
 - B. Sin ella no existe el mercado.
 - C. Los actos de competencia han de ser leales.
 - D. Todas las anteriores son correctas.

3. ¿Cuál de las siguientes prácticas consideras que son prohibidas por ser contrarias a la competencia mercantil?
 - A. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.
 - B. Todo acto de competencia está prohibido, pues las empresas deben colaborar unas con otras para que todas ganen lo mismo.
 - C. En España no existen prácticas prohibidas, pues cada empresario actúa sin límites en el mercado.
 - D. Las *joint venture* y las asociaciones empresariales no están permitidas cuando se unen más de cinco empresas.

4. En materia de prácticas anticompetitivas:
- A. Las normas comunitarias se aplican cuando esas prácticas pueden afectar al comercio entre los estados miembros de la UE.
 - B. En el caso de las operaciones de concentración empresarial rige la regla del control único, que se realiza, bien por la autoridad comunitaria, bien por las autoridades nacionales, según si la concentración alcanza o no unos determinados niveles de volumen de negocio.
 - C. El derecho español se aplica a las conductas restrictivas de la competencia en todo o en parte del mercado nacional.
 - D. Todas las anteriores son correctas.
5. Son presupuesto de conducta colusoria prohibida:
- A. Que haya un entendimiento entre dos o más empresas.
 - B. Que tenga por objeto o produzca el efecto anticompetitivo.
 - C. El efecto anticompetitivo tanto puede consistir en impedir, falsear o limitar la competencia, y el objeto o efecto anticompetitivo debe afectar a todo o parte del mercado nacional.
 - D. Todas las anteriores son correctas.
6. Es órgano competente en defensa de la competencia:
- A. El Tribunal de Derechos Humanos Europeo.
 - B. Autocontrol de la Publicidad.
 - C. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
 - D. El FROB.

7. La Ley de Defensa de la Competencia:
- A. Prohíbe que una empresa ocupe una posición dominante en el mercado.
 - B. Prohíbe que una o varias empresas abusen de su posición dominante en el mercado, salvo que actúen de buena fe.
 - C. Prohíbe el abuso de posición dominante de las empresas en el mercado con carácter absoluto y automático, sin admitir excepción.
 - D. Todas son falsas.
8. En relación con la Ley de Defensa de la Competencia, se llama política de clemencia:
- A. A la política de libre competencia introducida por Clemente V.
 - B. A conceder un trato favorable a la empresa participante en una práctica colusoria que denuncie su existencia.
 - C. A bonificar con subvenciones a las empresas dominantes que no abusen de su posición.
 - D. Todas las anteriores son correctas.
9. Indica qué afirmación es correcta:
- A. El bien jurídico de la competencia se lesiona tanto cuando se impide o restringe la actividad competitiva como cuando se efectúa con deslealtad.
 - B. La competencia es un bien jurídico que se lesiona por incompetencia.
 - C. Solo se lesiona cuando se actúa con deslealtad, pero no cuando se restringe la competencia.
 - D. Todas las anteriores son correctas.

10. La Ley de Competencia Desleal:

- A. Incluye en su ámbito objetivo todos los actos que se realizan en el mercado con fines concurrenciales o competitivos.
- B. La ley es aplicable solo a los empresarios y no a los consumidores.
- C. Para que se aplique la LCD es esencial que entre el sujeto activo del acto que se reputa desleal y el sujeto que sufre sus consecuencias adversas exista una relación de competencia.
- D. Ninguna es correcta.