



Análisis crítico del Derecho de la Competencia a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil

Mario Caballero Pastor.

Tutor: José Carlos Espigares Huete.

Grado en Derecho.



Índice de contenido

INTRODUCCIÓN Y BREVE REFERENCIA HISTÓRICA	4
SITUACIÓN ACTUAL: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA COMPETENCIA.....	6
2.1 Concepto de competencia.....	6
2.1.1 Estructura de la Ley de Defensa de la Competencia	8
2.2 Estudio del ordenamiento jurídico en torno a la competencia.	10
2.2.1 Los órganos nacionales encargados de la defensa de la Competencia.....	16
2.3 La defensa de la competencia en el Tratado Constitutivo de la de la Comunidad Europea ..	22
2.3.1 Relaciones entre el Derecho comunitario y nacional.....	27
2.4 La competencia desleal.....	27
2.4.1 Los actos típicos de competencia desleal	30
ANTEPROYECTO DE LEY DEL CODIGO MERCANTIL	40
3.1 Cambios significativos que introduce el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.....	41
3.2 Libro tercero del derecho de la competencia y de la propiedad industrial del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.....	43
PROBLEMÁTICA	44
4.1 Problemas surgidos a raíz del cambio de legislación y posibles soluciones.....	46
4.1.1 Autonomía del Derecho de la Competencia	46
4.1.2 Interferencias del Gobierno en fusiones	49
4.1.3. Acciones referentes a la competencia desleal y prácticas restrictivas.....	51
4.1.4 Cláusulas potencialmente anticompetitivas	54
4.1.5 Contratos	56
4.1.6 Competencia Desleal en el APL	58
4.1.7 Aspectos a tener en consideración.....	59
BIBLIOGRAFIA	62

INTRODUCCIÓN Y BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

Nos encontramos en un país en el que rige un sistema de economía basado en la libre competencia. No obstante, cabe puntualizar que a lo largo de nuestra historia no siempre ha sido este sistema el que ha existido.

En la etapa previa a la Revolución Francesa todo lo referente al establecimiento de precios, calidades de los productos, condiciones de trabajo... estaba controlado de una manera totalmente rígida por los propios gremios de los sectores. Un gremio era la forma que tenían de agruparse los diferentes grupos de personas tenían en común su trabajo, todos trabajaban en el mismo sector. Hablamos así, por ejemplo, del gremio del calzado en el cual se agrupaban aquellas personas que desempeñaban ese oficio con el fin de salvaguardar los intereses de su profesión, siendo los encargados de redactar sus propias normas aplicables para todas aquellas personas que se dedicaban a esa labor.

No es hasta después de la Revolución Francesa, tras el triunfo del liberalismo, cuando cualquier persona que en ese momento deseara ejercer una profesión podía entonces acceder a ella, ya fuera comerciante o industrial, sin necesidad de obtener ningún tipo de autorización específica.

Hoy en día se considera que este sistema liberalista del mercado es el que mejor se ajusta a los requisitos de los países más desarrollados en los que predomina la economía de mercado basada en la libre competencia, y prueba de ello es que se encuentra actualmente implantado en todos los países de la Unión Europea, dado que es el sistema que nos permite hablar de una mayor eficacia a la hora de aprovechar y explotar los recursos disponibles con el fin de lograr un óptimo crecimiento económico.

Este sistema de libre competencia supone, además de la eliminación de barreras a la hora de acceder a una profesión, que todos los operadores económicos del mercado quedan sujetos a las mismas normas, partiendo así de un punto de igualdad necesario para poder hablar de un sistema de mercado basado en la libre competencia.

Manuel Broseta nos dice en su manual que este sistema tiene como base los principios de reconocimiento de la propiedad privada, de los medios de producción, la libre circulación e inversión y el lucro económico.

Además, afirma que los economistas hablan del concepto de la competencia perfecta para referirse a la situación de total igualdad entre los distintos sujetos que operan en los mercados en la cual se actúa sin tener ninguno de estos sujetos una posición dominante sobre los demás. Por tanto, estamos ante o que podemos llamar la forma más pura dentro del sistema de libre mercado.

No obstante, esta teoría de la competencia perfecta no se llega a ver reflejada en la práctica, ya que siempre nos encontramos en una situación en la cual existen operadores que poseen un mayor poder de decisión que actúa condicionando a los otros que ostentan un menor poder, cuestión de oferta y demanda.

En la realidad práctica, lo que vemos son situaciones de oligopolio (mayor poder en manos de unos pocos operadores), por lo que los economistas hablan de una “competencia imperfecta” que engloba todos los términos posibles, como el oligopolio o el monopolio.

Y es partiendo de la base de la igualdad cuando podemos ver que sobre el empresario recae la función de atraer mediante incentivos a los clientes, por lo que deberá adoptar una actitud competitiva en su actividad profesional, como por ejemplo, estableciendo unos precios más atractivos a sus productos, ofreciendo una mayor calidad, tratando de diferenciar su producto de los demás existentes en el mercado mediante una estrategia publicitaria...

Otra de las consecuencias del libre mercado es que aquellos operadores que no logren adaptarse a lo que el propio mercado exige terminarán por verse obligados a desaparecer de ese mercado, bien sea disolviendo su empresa o bien centrándose en otras actividades que le sean más beneficiosas para estos.

SITUACIÓN ACTUAL: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA COMPETENCIA

2.1 Concepto de competencia.

¿Qué entendemos por competencia?

Se define la competencia como aquel esfuerzo que realizan las empresas con el objetivo de obtener una ventaja en el mercado consistente en una mejora de la oferta dirigida a sus clientes. Partiendo de que nos encontramos en un mercado competitivo en el que los consumidores de bienes y servicios solicitan productos que se ajusten mayormente a sus necesidades, a la vez que tratan que estos mismos productos que adquieren tengan la mejor calidad y puedan obtenerse al menor precio posible. En el otro lado de la balanza nos encontramos a los proveedores de estos bienes y servicios, cuyo interés será el de atraer a los consumidores ofreciéndoles los productos que desean.¹

Fernando García Cachafeiro, miembro del Instituto de Derecho Industrial de La Universidad de Santiago de Compostela nos dice que la característica más relevante del mercado competitivo es que tanto compradores como vendedores se encuentran en una situación en la que actúan con independencia. Independencia que hará que los vendedores busquen por sus propios medios ofertar los productos que mejor encajen en los intereses de sus potenciales clientes, jugando pues con las variables de precio y calidad y teniendo siempre en cuenta las características que el resto de competidores en el mercado están dándole a sus productos, ya que el consumidor a la hora de adquirir un producto podrá decantarse por el que ofrezca el vendedor rival en el caso de que éste actúe ofertando una calidad mayor a un precio similar o un precio menor a una calidad parecida en sus productos.²

Afirmamos entonces que los consumidores tienen la opción de elegir entre las distintas opciones que se le plantean en el mercado en función de la calidad, precio y otras muchas variables que tienen en cuenta a la hora de adquirir bienes y servicios, como puede ser el servicio postventa o la accesibilidad que tienen a estos. En definitiva los consumidores

¹ Artículo 38 Constitución Española: 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.

² García Cachafeiro Fernando, en la obra colectiva Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español, Thomson Aranzadi, 2009, pp 37 y ss.

parten de la posición en la que se encuentran en la búsqueda de poder satisfacer sus necesidades como consumidores de la manera más óptima posible.

La competencia es un valor que debe ser protegido, ya que en parte de ella depende la satisfacción de los consumidores y la balanza de la economía en general, y es que la teoría económica defiende que la competencia es la manera más efectiva para asignar los recursos disponibles en un mercado en el cual los vendedores tratan de dirigir sus esfuerzos en la búsqueda de un menor coste de producción en relación con el precio de venta que sus productos tienen en el mercado. Hablamos de que en un mercado competitivo las empresas tienen incentivos en ofertar un producto con mejores características que el rival, por lo que se esfuerza en que su producto encaje en el mercado de la mejor forma posible, esfuerzo que repercute en el consumidor y a su vez en la sociedad, puesto que de ella surge una mayor calidad en los productos y precios asequibles, además de una gran cantidad de características que las empresas plasman en sus productos que también tienen una repercusión positiva en el comprador.

Se entiende que existe una competencia perfecta (situación de un mercado donde las empresas carecen de poder para manipular el precio, y en la que existe una maximización del bienestar) , cuando encontramos las siguientes circunstancias:

- 1- Alto número de compradores y vendedores, de forma que ninguna empresa pueda unilateralmente condicionar el precio de los productos.
- 2- Los productos que se ofertan son homogéneos, esto es, satisfacen las necesidades de los consumidores de una forma análoga.
- 3- Inexistencia de barreras de entrada que impidan a las empresas acceder al sector, como por ejemplo las economías de escala, en las que los volúmenes de producción tienen un gran impacto en la marcha del sector y el coste de producción disminuye significativamente a medida que la producción aumenta (actuando aquí los denominados costes variables y fijos de producción).
- 4- Mercados transparentes en los cuales tanto el consumidor como el vendedor reciban la información necesaria para actuar de una forma u otra.

Se debe decir que en la práctica este modelo de competencia que tan bueno sería para el bienestar social es muy difícil de poner en marcha, ya que frecuentemente existen situaciones de desequilibrio en cuanto al poder de los competidores, los productos no son totalmente homogéneos, existen barreras de entrada y los consumidores no disponen del nivel de información necesario para hablar de un mercado transparente.

Otras veces hablamos de desviación del modelo competitivo no ya en las circunstancias previamente expuestas, sino por la propia voluntad de las empresas que participan en el mercado, que pueden establecer ciertas normas internas o la existencia de un operador más poderoso que actúe de una manera agresiva con el fin de perjudicar a sus competidores. Estos casos son en los que el Derecho de la Competencia interviene poniendo fin a las conductas que constituyen un manifiesto peligro para el funcionamiento de los mercados.

La Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia de 17³ de julio sirvió como base de un sistema basado en la existencia de dos órganos administrativos que velaran contra las prácticas restrictivas de la competencia y el control de concentraciones económicas, el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia (actualmente recogidos en un solo órgano, la Comisión Nacional de la Competencia). Partiendo del artículo 38 de la Constitución Española, se reconoce en España la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado que debe ser garantizada y protegida por los poderes públicos, buscando alcanzar una eficiencia tanto en el modo de actuar las empresas reasignando sus recursos productivos como en el modo técnico. Esta eficiencia de las empresas tendrá a su vez una repercusión positiva en el consumidor en forma de precios menores y de un aumento de la calidad de los productos, tal y como hemos explicado anteriormente, por lo que la Ley de Defensa de la Competencia vela por estos aspectos buscando su consiguiente incremento del bienestar en el conjunto de la sociedad.

Se dispone de esta forma de un sistema que permita dotar de los instrumentos necesarios al mercado con el fin de garantizar su buen funcionamiento y buscando siempre el mayor beneficio para el conjunto de la sociedad.

2.1.1 Estructura de la Ley de Defensa de la Competencia

La estructura de la actual Ley de Defensa de la Competencia ⁴es la siguiente:

La Ley de Defensa de la Competencia se estructura en 5 títulos que regulan, respectivamente, las cuestiones sustantivas, los aspectos institucionales, la Comisión Nacional de la Competencia, las cuestiones procedimentales y el régimen sancionador.

El título I, de la defensa de la competencia, trata sobre los aspectos básicos de esta política, abarcando lo relativo a las conductas restrictivas de la competencia (prohibición de acuerdos entre empresas y del abuso de posición dominante, así como el falseamiento de la

³ Boletín Oficial del Estado, Ley 16/1989

⁴ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

libre competencia mediante actos desleales) y regulando el sistema de exención legal en línea con el sistema comunitario que nos dice que la ley excluirá la aplicación de las prohibiciones aplicables a aquellas restricciones de la competencia que generen una eficiencia cuyos frutos generen un beneficio al bienestar general. Son así las empresas las encargadas de determinar si sus acuerdos cumplen con los requisitos para que no sea aplicable la prohibición, es decir, no existen en este campo autorizaciones individuales emitidas por parte de la autoridad. Esta autoevaluación puede derivar en una inseguridad jurídica hacia las empresas, que se refuerza remitiendo la ley a los Reglamentos comunitarios de exención.

Se habla también en este título primero de los efectos de la exención para los casos en los que se establece una exención legal para el tratamiento de las llamadas conductas “de minimis”, que son aquellas conductas que por su menor relevancia no son susceptibles de afectar a la competencia y por lo tanto quedan exentas de posibles prohibiciones.

El título II, referente a la organización institucional. El órgano competente para la aplicación de la ley será la Comisión Nacional de la Competencia, que integra el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia. Tiene una estructura piramidal con sus dos órganos separados, la Dirección de Investigación y el Consejo, que se apoyan en unos servicios comunes pero actúan de forma independiente. Se habla también de los mecanismos de coordinación de todos los órganos y los reguladores sectoriales cuya función es la de dotar de coherencia a la política de la competencia y ser eficiente a la hora de la asignación de los recursos públicos y seguridad jurídica de los operadores económicos.

El título III regula la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia, órgano cuya función es la correcta aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia promoviendo y protegiendo una competencia efectiva. Se recogen en este título dos capítulos, el primero, referente a los aspectos generales, es decir, la composición, los recursos económicos, las funciones, la transparencia y la responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia y el segundo, que habla sobre los órganos de dirección de ésta, tratando sobre los principios de independencia con respecto al Gobierno y de separación entre instrucción y ejecución que caracterizan a este órgano. Pese a esta independencia, se preserva la unidad de actuación y coordinación de todos los servicios, siendo el Presidente de la Comisión Nacional quien se encarga de coordinar los diversos servicios y órganos.

El título IV es el encargado de regular los procedimientos de conductas prohibidas y de llevar el control de las concentraciones. Se mueve entre los principios de seguridad jurídica y de eficacia administrativa.

Por último, el título V recoge el régimen sancionador de esta ley. Gradúa las infracciones y sanciones máximas en porcentaje de volumen de ventas de los infractores. Se caracteriza por la publicidad de las sanciones que impone, impregnando así de un carácter disuasoria y ejemplar dichas sanciones. Expresa también un principio de clemencia para los integrantes de un cártel que denuncien y apoyen la investigación en contra de éste, existiendo también reducciones de multa a los colaboradores que no cumplan con los requisitos necesarios para la exención total de responsabilidad pero que colaboren en la investigación de los hechos.

Además, esta ley se complementa con un total de 11 disposiciones adicionales que articulan adecuadamente la aplicación de las normas de competencia.

2.2 Estudio del ordenamiento jurídico en torno a la competencia.

Una vez hemos definido qué entendemos por competencia aproximándonos a su concepto, nos disponemos a adentrarnos un poco más en el estudio de las normas que tratan de velar para que ésta pueda existir de la forma más efectiva para poder desplegar sus efectos positivos en la sociedad.

Debemos partir desde la indicación de que conductas empresariales son las que nuestro legislador busca restringir con el fin de salvaguardar los intereses de la competencia.

Estas conductas son, principalmente, las prácticas colusorias, el abuso de posición dominante, las concentraciones desde el punto de vista estructural y las ayudas públicas susceptibles de distorsionar el juego de la competencia.

Por otra parte, son actos típicos de competencia desleal en el derecho interno los actos de confusión, de engaño, de denigración, de comparación, de imitación, obsequios y primas, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la infracción contractual, violación de normas, discriminación y dependencia económica y las ventas a pérdida.

Nos referimos a prácticas colusorias⁵ como aquellos actos realizados por las empresas en los que se ponen de acuerdo sobre las condiciones de la oferta que dirigirán a sus clientes. Se evitan con esto pactos referentes al precio de los productos, de volumen de producción, la innovación, el número de empresas en el sector o las zonas donde éstas pueden operar en el mercado.

Hablamos de la existencia de un acuerdo⁶ cuando los participantes pactan adoptar un comportamiento concreto en el mercado, ya sea de forma oral o escrita y tengan efectos o no, es decir, sean o no vinculantes. Se trata de evitar una alineación de las políticas comerciales de los participantes de las prácticas colusorias y actuar contra aquellas prácticas en las que las empresas sustituyan de manera voluntaria los riesgos de la competencia por una cooperación entre los diferentes operadores del sector, exista o no un acuerdo explícito, entrando aquí las llamadas prácticas concertadas, también prohibidas, que son definidas por la jurisprudencia como aquellas que se encuentran en un punto intermedio entre el acuerdo y la conducta conscientemente paralela.

El resultado de estos acuerdos realizados entre las empresas cuyo fin es el de limitar concienzudamente la competencia entre competidores recibe el nombre de cárteles: “Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutuacompetencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial.”

Ejemplos prácticos que se llegaron a conocer en nuestro país se pueden ver en el sector de los cementos, en el cual la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia impuso una multa de 29.17 millones a un cártel compuesto por 23 cementeras que intercambiaron información y se repartieron el mercado entre los años 1999 y 2014.⁷

Con el fin de mejorar en la lucha contra estas asociaciones ilegales, nuestra legislación prevé, tal y como hemos explicado anteriormente, una política de clemencia cuyo resultado es dar inmunidad a aquellas empresas que, pese a pertenecer a alguno de los denominados cárteles, denuncian su existencia aportando pruebas y manteniendo una posición activa en la desactivación de éstos, ayudando a las autoridades a desarticularlos sancionando al resto de participantes de los cárteles.

⁵ Costas Comesaña Julio, en la obra colectiva Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español, Thomson Aranzadi, 2009, pp 65 y ss.

⁶ Costas Comesaña Julio, en la obra colectiva Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español, Thomson Aranzadi, 2009, pp 78 y ss.

⁷ Noticia de El País, 9 de sept 2016.

No obstante, no debemos caer en el equívoco de pensar que todos los acuerdos entre empresas son contraproducentes con respecto a la competencia y que por lo tanto todos tengan un carácter ilegal. Existen empresas que con frecuencia llegan a ciertos pactos que tienen unos resultados positivos en la competencia de los mercados. Son acuerdos como el reparto de las fases a la hora de la elaboración de un mismo producto (acuerdos de especialización), acuerdos de fabricación en común, acuerdos para poder desarrollar un producto de forma conjunta que no sería viable si actuaran de forma individual, acuerdos de investigación y desarrollo... También existen las denominadas centrales de compras en las que se acuerda la adquisición de forma conjunta a un proveedor único y los llamados acuerdos verticales, en los cuales un comprador impone a su distribuidor condiciones que limitan su libertad en el mercado con el fin de obtener una ventaja competitiva, como es el caso de Mercadona, que en ciertas secciones de sus productos, como por ejemplo el sector cárnico, realizan un acuerdo con sus distribuidores en el cual le garantizan un pedido mínimo a cambio de que estos distribuidores centren su actividad en satisfacer sus pedidos, llegando incluso a trabajar de una manera exclusiva para esta empresa.

Estos casos que acabamos de exponer son aquellos en los cuales la legislación nos dice que, pese a existir una prohibición de acuerdo entre competidores, ésta no se aplica cuando se dan las siguientes circunstancias:

- 1-Mejora de la producción o comercialización
- 2-Repercusión en los consumidores de los beneficios generados por el acuerdo
- 3- Las limitaciones que surjan de estos acuerdos que afecten a la competencia deben ser los mínimos indispensables para poder llegar a los objetivos perseguidos
- 4-Inexistencia de una eliminación de la competencia

Se conocen por abusos de posición dominante aquellas conductas unilaterales en el mercado de las grandes empresas en las que, sin llegar a realizar un acuerdo con los operadores rivales (a diferencia de los cárteles⁸), se utiliza un poder económico para consolidar su dominio en el mercado o para llegar a extenderlo en otros mercados en perjuicio de los competidores y, de forma sucesiva los clientes se ven así perjudicados

⁸ Nos referimos a un cartel cuando la posición dominante se ejerce de una manera conjunta

de la falta de competencia. Este tipo de empresas está caracterizado por poseer el suficiente poder económico como para poder permitirse actuar sin tener en cuenta como trabaje su rival o como respondan los clientes.

El Derecho de la competencia ve en estas empresas una responsabilidad especial con sus clientes y competidores, tal y como podemos ver en la Sentencia Michelin⁹, en la cual, el Tribunal de Primera Instancia resolvió que “la prueba de que una empresa detente una posición dominante significa que tiene una responsabilidad especial de impedir que su conducta distorsione la competencia en el mercado común”.

En definitiva, no pueden existir abusos consistentes en:

- 1- El establecimiento de precios anormalmente elevados que supongan abusos para los clientes. Este punto entra en controversia con muchos productos de la vida cotidiana, y veo necesario exponer el debate existente en la actualidad en la empresa de electrónica Apple, que vende sus productos a un precio muy por encima de su competencia teniendo una política de diferenciación del producto, ya que su producto estrella, el Iphone, es uno de los móviles más vendidos en el mercado y logran dotar a la marca de un plus. Esta empresa se ampara en que la calidad de sus productos mejora notoriamente el rendimiento de los de su competencia, tal y como ha sucedido actualmente con el lanzamiento del Iphone X , vendido a partir de 1150 euros, en el que afirman que se dobla el rendimiento obtenido en los celulares de su competencia.
- 2- El caso contrario, precios ridículamente inferiores al precio de mercado con el fin de que los competidores no puedan ponerse a su nivel o incluso se establezcan barreras de entrada al sector. Un ejemplo que ha causado mucha polémica en nuestro país es la del sector panadero, la ya conocida como guerra del pan, en la cual un panadero valenciano (actualmente en la ruina) comenzó a vender sus barras al precio ridículo de 20 céntimos, por lo que causó un gran revuelo en el sector y una bajada del precio y la calidad en la oferta. Muchos supermercados tuvieron que bajar drásticamente el precio de sus productos para poder equipararse y muchos pequeños comerciantes tuvieron que cerrar sus empresas debido a que no pudieron aguantar la situación.
- 3- Discriminación entre los clientes.

⁹ Sentencia de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, 322/81

- 4- Condiciones comerciales impuestas a los clientes de una forma injustificada, como condicionar la venta de un producto a la compra de otro que no sea complementario y no guarden ninguna relación.

Existen en la práctica muchos casos notorios de importantes sanciones a empresas dominantes que actuaron abusando de su poder en el mercado, como es el caso en el que la CNMC impuso sanciones a las eléctricas Iberdrola (15 millones), Endesa (15.3 millones), Unión Fenosa (5 millones) y Viengo (500000 euros) por abusar de su posición de dominio al negar el acceso a la información a una comercializadora de electricidad, tal como les obliga la ley¹⁰.

Por otro lado encontramos otro tipo de conductas empresariales que restringen la competencia que son controladas a priori, a diferencia de las dos anteriores que acabamos de explicar, ya que dependen de una autorización previa otorgada por la autoridad competente tras un juicio acerca de las posibles consecuencias de las operaciones en la competencia de los mercados. Estamos ante el control de concentraciones y las ayudas públicas.

El control de las concentraciones alude a operaciones que no afectan a la forma de actuar de las empresas, sino a su estructura. Se pueden dar mediante fusión o por medio de la adquisición de control. Una fusión se entiende cuando dos o más empresas previamente independientes se unen de forma que crean una nueva empresa¹¹. También se puede realizar por absorción cuando una empresa es directamente absorbida por otra, como el caso del Banco Sabadell, que absorbió la antiguamente conocida como Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM).

La fusión se caracteriza por la desaparición de 1 o todas las empresas participantes en la misma. Lo importante para el derecho no es solo la desaparición de la independencia jurídica, sino la sumisión de una empresa al control externo (casos de adquisición de una empresa de la mayoría del capital social de otra).

Las concentraciones tienen dos vertientes, ya que unas pueden tener efectos positivos al permitir a las empresas racionalizar sus procesos productivos y obtener economías de escala.

¹⁰ Noticia de Europapress, 9 de marzo de 2017

¹¹ García Cachafeira Fernando, en la obra colectiva Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español, Thomson Aranzadi, 2009, p 42.

Pero lo que más incumbe al Derecho de la competencia son los casos en las que las concentraciones tienen una incidencia negativa en la competencia, ya que, al disminuir el número de empresas en el sector sube el poder de las empresas restantes.

Debido a esta doble repercusión de las concentraciones el derecho, lejos de prohibirlas, instaura un procedimiento de supervisión de las operaciones para impedir los efectos negativos de una excesiva concentración de poder en los mercados.

Este mecanismo se plasma haciendo que las empresas deban notificar a las autoridades ciertas operaciones que superen un determinado volumen, que suspende de manera general la ejecución de la concentración hasta recibir la autorización, que no se otorgará cuando la concentración pueda obstaculizar el mantenimiento de la competencia en el mercado al reforzar o crear una posición dominante.¹²

Por último tenemos las ayudas públicas, que son aquellas ayudas de carácter económico que los poderes públicos otorgan a las empresas, que también pueden perturbar el equilibrio de la competencia dado que la empresa que las recibe se encuentra en una mejor posición para poder competir que las que no. Entendemos como ayuda pública no solo a las aportaciones de recursos (concepto de subvención), sino a todo tipo de reducción de cargas a una empresa, como exoneraciones fiscales o cesión de terrenos. Si la ayuda se da con carácter general y no de una forma individual no infringe el Derecho de la competencia.

La concesión de estas ayudas responde en ocasiones al cumplimiento de objetivos legítimos como fomentar el desarrollo en regiones desfavorecidas, compensar perturbaciones en la economía, promocionar la cultura o conservar el patrimonio artístico¹³.

En cuanto a los órganos y el procedimiento que corresponde en el derecho español de defensa de la competencia, cabe destacar que su estructura institucional ha sido modificada en la reforma del Derecho de competencia español en el año 2005, se integró en un mismo órgano al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia creando un órgano que actualmente recibe el nombre de Comisión Nacional de Competencia, buscando una optimización en la estructura orgánica de nuestro sistema.

¹² Bello Martín-Crespo María Pilar, en la obra colectiva Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español, Thomson Aranzadi, 2009, pp 333 y ss.

¹³ García Cachafeira Fernando, en la obra colectiva Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español, Thomson Aranzadi, 2009, p 43.

De este cambio institucional deriva otro sustancial en la organización de la aplicación del Derecho de la competencia al existir una sola autoridad a nivel nacional que realiza tanto las funciones de instrucción como las de resolución, eso sí, siguiendo el principio de separación entre ambas.

Con esta unión se busca reforzar la independencia del sistema de defensa de la competencia con respecto al poder ejecutivo, aportando además facilidad en la coordinación para poder dar al sistema una mayor seguridad jurídica y a su vez mayor eficacia a la hora de defender y reprimir las conductas que se consideren en contra de la competencia.

El actual esquema institucional se compone de cuatro elementos: la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos administrativos de las Comunidades Autónomas, los juzgados de lo mercantil y el Consejo de Ministros¹⁴.

2.2.1 Los órganos nacionales encargados de la defensa de la Competencia

LA COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Estamos ante un órgano administrativo público que tiene como función preservar, garantizar y promover la competencia efectiva en los mercados españoles, bien sea aplicando la legislación española o los artículos relacionados en el Tratado de la Unión Europea, asegurándose además de que los demás órganos actúen de manera coherente en lo referente a su ámbito.

Su nacimiento data, formalmente, del año 2007, aunque el origen de este órgano viene del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Se trata, tal y como nos dice la Ley de Defensa de la Competencia, de una entidad de derecho público de carácter independiente adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, actuando con autonomía tanto orgánica como funcional, con independencia respecto de las Administraciones públicas y sometándose a la Ley de Defensa de la Competencia.

Su ámbito de aplicación es la totalidad del territorio español en todos los sectores y mercados de la economía, tal y como dispone la Ley de Defensa de la Competencia en su artículo 12.2 y la Ley 1/2002 (introducir artículo)

ÓRGANOS DE COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

¹⁴ Rodríguez Míguez José Antonio, en la obra colectiva Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español, Thomson Aranzadi, 2009, pp 461 y ss.

La posibilidad de que las comunidades autónomas asumieran competencias ejecutivas en materia de Derecho de la competencia se fijó a partir de la STC 208/1999 de 11 de noviembre (RTC 1999,208) A raíz de esta sentencia del Tribunal Constitucional se aprobó la Ley 1/2002 de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, que fija los criterios para repartir las competencias nacionales y autonómicas y estableciendo mecanismos de coordinación, colaboración e información recíproca

Existen diversas Comunidades Autónomas que han optado por aprovechar esta opción de asumir competencias por medio de esta vía.

Podrán asumir competencia los órganos autonómicos en los procedimientos relacionados con conductas colusorias, abusos de posición dominante y falseamientos de la libre competencia mediante actos desleales, tal y como explica la ley 1/2002

En cuanto a ayudas públicas, las CCAA tienen competencia para elaborar informes sobre ayudas ya concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su ámbito territorial. Dichos informes se remiten a la Comisión Nacional de la Competencia que será la encargada de incorporarlos al informe anual, ayudando a detectar las ayudas contrarias a la competencia y evitar sus efectos negativos, pudiendo acceder con mayor facilidad a la información y ayudando a conocer en aquellas zonas en las que bien por la poca transparencia o bien por el volumen de trabajo que consistiría en el conjunto de la totalidad de ayudas otorgadas en el Estado.

Con respecto a las concentraciones, se han introducido variaciones en los trámites y también se introduce un reconocimiento de competencia de los órganos autonómicos para poder decidir en actos de arbitraje si así lo solicitan las partes., en aplicación de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, tal y como también lo encomienda la Ley de Defensa de la Competencia en su artículo 24 f. (introducir artículo)

Se le otorgan también a las autonomías funciones en labores consultivas, aunque no de manera expresa en la ley, pero si indirectamente, buscando la promoción de la competencia que se recoge en el artículo 25 de la LDC.

Por último, se establece en la Disposición adicional séptima de la LDC que los órganos competentes para conocer de los litigios que surjan de los actos y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas serán las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, encargadas de conocer en única instancia de los recursos que se deduzcan con relación a los actos y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas a la hora de la aplicación de la LDC.

CONSEJO DE MINISTROS

La Ley de Defensa de la Competencia atribuye al Consejo de Ministros competencia en el procedimiento de control de concentraciones económicas, pese a que ya no son, tal y como eran anteriormente, la máxima autoridad administrativa que decida sobre éstas, ya que ahora es la Comisión Nacional de la Competencia, ya que la anterior ley nos decía que el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia (ahora integrado en la Comisión Nacional de la Competencia) no tenía competencia para decidir, ya que se trataba de un órgano meramente consultivo.

No obstante, el Consejo de Ministro sigue poseyendo mucho poder a la hora de decidir sobre el control de las concentraciones, ya que se le reconoce una especie de derecho de veto, siempre y cuando esté debidamente motivado, en las decisiones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, pudiendo hacer prevalecer su criterio propio.

LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL

La Ley ha introducido su intermediación para los casos de defensa de intereses privados, representados por los derechos subjetivos de los particulares afectados por las conductas contrarias a la competencia. Con el fin de proteger jurídicamente los intereses públicos y privados se articulan dos vías, administrativa y jurisdiccional, desplegando así su mediación en todos los posibles efectos de las infracciones a las normas de la competencia.

No fue de este modo al principio, ya que se preveía la articulación de un órgano judicial especializado que atendiera a los particulares en instancia tanto administrativa como judicial en defensa de los intereses privados de éstos.

Esta dispersión en la pluralidad de órganos administrativos provoca una serie de problemas que tiene su origen en el incremento de las autoridades competentes para aplicar las normas.

Se articulan mecanismos de colaboración y cooperación entre los diversos órganos con el fin de dotar de coherencia, eficiencia y seguridad jurídica para los operadores al sistema, buscando así una correcta coordinación entre los distintos órganos a la hora de realizar sus funciones diarias.

La comisión Nacional del Mercado y la Competencia.

Se encuentra regulada en el Título III de la nueva LDC. Tal y como hemos mencionado anteriormente, es una institución única y de carácter independiente con respecto al Gobierno. Es un órgano integrador del Servicio y el Tribunal de la Competencia, que pasan a ser uno solo. Esta institución goza de personalidad jurídica propia con plena capacidad tanto pública como privada. Está vinculada al Estado por medio del Ministerio de Economía y Hacienda, que es quien controla su actividad ejerciendo sobre cuestiones de eficacia. En sus actuaciones opera con autonomía orgánica y funcional, independientemente de las Administraciones Públicas y sometándose al Ordenamiento Jurídico y, supletoriamente, a la Ley 39/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley 6/1997.

El personal encargado de su funcionamiento está compuesto tanto por funcionarios públicos como de personal laboral contratado.

En cuanto a su financiación, la CNMC obtiene recursos de los Presupuestos Generales del Estado. Esta financiación estatal pone en duda la capacidad de independencia que pueda tener la comisión, ya que dependen en gran parte de los recursos de los que se les dote en los presupuestos que a su vez son aprobados por el propio Gobierno del que se le presupone independencia en sus actuaciones. Una posible solución a este problema nos la da Rocío Quintana Eiras, profesora de la Universidad de la Coruña en el área de derecho mercantil y miembro del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela en el manual Derecho de la Libre Competencia Comunitaria y Español, de la editorial Thomson Aranzadi, y sería la de dotar a la CNMC de una autonomía financiera, ya que así no se verían ligados a la hora de actuar a las posibles repercusiones que puedan tener sus conductas con respecto a las dotaciones que les serán asignadas el curso siguiente en los Presupuestos Generales del Estado aprobados por el Gobierno.

A parte de las asignaciones que se le otorgan en los PGE, la CDC contempla en su artículo 22.1, de los bienes y medios económicos de la CNC para el cumplimiento de sus obligaciones, el cual señala que la comisión dispondrá de bienes y derechos constituyentes de un patrimonio propio y a su vez recibirá ingresos surgidos por las tasas que derivan de su actividad en la prestación de servicios, tasas fijas y reflejadas en el art. 23 en referencia a los análisis y estudios de las operaciones de concentraciones que realiza la CNMC en su funcionamiento habitual.

Composición de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia

En cuanto a su composición, la ley establece la CNMC como una estructura con forma piramidal y triangular, cuyo “pico” será el Presidente de la CNMC y, cuya base son el Consejo y la Dirección de Investigación, órganos que trabajan en sus funciones de una forma independiente y controlados por el presidente, encargado de dirigir la institución y coordinar los dos órganos que componen la CNC (pese a que el presidente también es considerado un órgano de la CNMC tal y como veremos más adelante). La CNMC también se ayuda de unos servicios comunes administrativos, de estudio y de asesoría jurídica y económica.

El presidente de la CNMC es el encargado de dirigir la institución. Es propiamente uno de los órganos que componen la CNMC, que se integra en el Consejo (el presidente de la CNC también lo es del Consejo).

Es nombrado por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda a través de un Real Decreto, elegido entre un elenco de juristas, economistas y profesionales de prestigio.

La Comisión de Economía y Hacienda del Congreso valora su capacidad y conocimientos técnicos antes de ser propuesto presidente.

En cuanto a las causas de su cese, vienen establecidas en el artículo 30.1 y pudiendo ser cesados por el Gobierno tras un incumplimiento considerado grave de sus obligaciones como presidente, eso sí, siempre que esté propuesta por una mayoría de tres quintas partes del Consejo de la CNMC.

Éste ejercerá las funciones de presidente en un periodo de 6 años no prorrogables. Además, debe comparecer ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de Diputados en períodos máximos de un año, para defender sus actuaciones, además de las comparencias que le puedan ser requeridas por el Senado o el Congreso o sus comisiones, así como también pueden ser requeridos los consejeros de la CNMC, tal y como veremos a continuación.

El Consejo

El Consejo de la CNMC es un órgano colegiado cuya función son las mismas que las del antiguo TDC. Se reducen los Consejeros con respecto a los vocales del TDC, pasan de ser 8 a 6. Se elige entre estos consejeros a un vicepresidente y un Secretario nombrado a propuesta del Presidente del Consejo. Para reforzar la autonomía e independencia de este

órgano y sus miembros, se introducen mecanismos de control y suspensión por circunstancia meramente técnicas.

En cuanto a su nombramiento, sucede tal y como hemos explicado con respecto al Presidente de la CNMC, por el Gobierno previa audiencia de la Comisión de Economía del Congreso.

Esta comparecencia previa refuerza la transparencia a la hora de nombrar a los consejeros y proporciona más seguridad a la designación.

Nos encontramos ante las mismas causas de cese que en el caso del Presidente de la CNMC, también de la premisa de que el Gobierno puede cesar con la propuesta de tres quintas partes del Consejo.

Una vez dejan de ser consejeros, estos deben permanecer los 2 años posteriores a su cese fuera de la actividad profesional relacionada con la actividad llevada a cabo por la Comisión.



La Dirección de Investigación.

Es el órgano de la CNMC encargado de la instrucción de los expedientes previstos en la LDC, independiente con respecto al Consejo y supervisado por el presidente. El responsable de este órgano es el Director de Investigación, que ejerce las competencias establecidas en el art 35.3 de la LDC.

Para el nombramiento del Director de Investigación no se requiere la comparecencia de capacidad y conocimiento de la Comisión de Economía y Hacienda, solo la propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y la aprobación del Consejo por mayoría simple. Tanto para su nombramiento como para su cese se requiere la mayoría simple del Consejo, estableciendo así una fórmula de autocontrol en su funcionamiento.

Funciones de la CNMC

Su objetivo primordial es el de garantizar, preservar y promover la competencia en los mercados, produciendo beneficios en la sociedad frutos del buen funcionamiento y la transparencia de éstos.

Encontramos en su página oficial, un desglose de todas sus funciones, que son las siguientes:

-Aplicación de la normativa de defensa de la competencia Española y Europea (conductas colusorias, concentraciones y control de las ayudas públicas)

-Promoción de la competencia, basada en trabajos y estudios de investigación y la redacción de informes sectoriales, además de actuar como órgano consultivo.

-Velar por la unidad de los mercados.

-Órgano de resolución de conflictos entre los distintos operadores económicos que actúan en los mercados.

-Supervisar el control de los diversos sectores económicos, entre los que destacan el de gas y electricidad, comunicaciones electrónicas y audiovisual, ferroviario y portuario y el mercado postal.

2.3 La defensa de la competencia en el Tratado Constitutivo de la de la Comunidad Europea

El Derecho de la competencia comunitario es aplicable a aquellas conductas empresariales que afecten al comercio entre los Estados miembros de la UE.

En el ámbito de la Unión Europea, encontramos dos artículos del TCE en los que podemos observar la relevancia que tiene la competencia para el Derecho comunitario, que son el 81 y 82, recogidos en el Título VI, normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones. El primer capítulo, sobre las normas relacionadas con la competencia.

Estos artículos que exponemos a continuación son la base sobre la cual el sistema comunitario crea todo un andamiaje con el fin de salvaguardar la competencia en la UE

“Artículo 81.

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a. Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
 - b. Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
 - c. Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
 - d. Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
 - e. Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.
2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.
3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
- Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
 - Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
 - Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a. Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b. Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Artículo 82.

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a. Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b. Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c. Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d. Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”

Previamente, podemos señalar un punto clave de origen para la importancia que tiene la competencia en Europa actualmente en el desenlace de la Segunda Guerra Mundial, en el que Europa tomó conciencia de lo perjudicial que era la concentración que se había dado en la economía de Alemania, economía en la que por entonces existía un gran número de cárteles que permitieron orientar el mercado de la economía alemana hacia una economía bélica, dado que los operadores de ésta actuaban con una amplia libertad de maniobra.

A raíz del final de la Segunda Guerra Mundial se dictaron las primeras normas, llamadas por entonces “leyes de descartelización”, a partir de las cuales se focalizó en la relevancia que tenía la defensa de la competencia como centro del sistema económico, tal y como se pudo ver a raíz de estas primeras leyes alemanas y sus análogos que le siguieron en los demás países del continente.

El hecho desencadenante más importante se dio con la creación de la Comunidad Económica Europea (la actual Unión Europea), que fue fruto del Tratado de Roma, datado del año 1957. El apartado g del artículo 3 de éste insiste en que la competencia no debe ser de ningún modo distorsionada como objetivo fundamental de los organismos comunitarios para, posteriormente, en el Capítulo 1 del Título VI, de las normas sobre la competencia, recoger las normas que protegen la competencia, tratando sobre las prácticas colusorias (art. 81), el abuso de posición dominante (art.82) y el control de las ayudas públicas (arts 87-89), pudiendo ver así como el Tratado de Roma sentaba las bases de lo que actualmente conocemos como el Derecho de la Competencia, que tiene como finalidad primordial la defensa de estos tres aspectos tal y como hemos mencionado anteriormente en la redacción de este trabajo.

No obstante, no versaba sobre el control de las concentraciones, aspecto que en nuestros días es fundamental a la hora de hablar de una competencia efectiva, y es que por entonces no se tenía la idea de lo peligroso que podían ser estas para el mercado, a lo que, debido al tamaño que adquirieron a posteriori diversas grandes empresas a costa de adquirir las empresas competidoras, en 1988 se aprobara el “Reglamento de concentraciones”, que revisaba operaciones que superaran una cantidad determinada, tal y como también hemos explicado en las páginas anteriores.

Pero si tenemos que hablar de un importante suceso que alteró el Derecho de la competencia comunitario es el Reglamento 1/2003, que entro en vigor en mayo del año 2004, que era relativo a los artículos 81 (prácticas colusorias) y 82 (abusos de posiciones dominantes), sustitutivo del anterior reglamento que operaba sobre estos artículos, perteneciente a los años sesenta. Este nuevo Reglamento mejoró sustancialmente la eficacia de las normas del Derecho comunitario en cuanto a su aplicación, reduciendo aspectos burocráticos que dilataban y dificultaban los procedimientos para las empresas, dotar de una potestad sancionadora e investigadora más amplia a los servicios de competencia de Bruselas y descentralizar las autoridades de competencia, así como los órganos jurisdiccionales nacionales.

Además, cabe señalar que las normas de competencia del Tratado de la CE tienen un efecto directo y pueden ser invocados tanto por las empresas como por los ciudadanos europeos sin necesidad de que el país haya incorporado o no estas normas a sus legislaciones.

La propia Unión Europea, en su página oficial, nos dice que las normas de competencia de la UE tienen como función “garantizar condiciones leales y equitativas a las empresas, dando cabida al mismo tiempo a la innovación, la unificación de las normas técnicas y el desarrollo de las empresas pequeñas”.

Estas normas de la UE prohíben determinadamente:

- La fijación de precios y el reparto de los mercados entre las diferentes empresas del sector en todo el territorio de la Unión.
- Ejercer una posición dominante en el mercado competitivo con la finalidad de expulsar al resto de competidores.

-Las fusiones de empresas que tienen como resultado una empresa que posea un gran control debido a su posición en el mercado. Estas grandes empresas requerirán de una autorización previa de la Comisión Europea, aunque la sede de dicha empresa no se ubique en el territorio de la Unión.

La Unión Europea actuará siempre desde una posición protectora hacia las pequeñas empresas de manera que eviten que las grandes empresas puedan aprovechar su poder de mercado con el fin de imponer unas condiciones desfavorables de estas pequeñas empresas en sus relaciones con los clientes y los proveedores, multando a las grandes empresas que actúen de este modo perjudicando a la competencia efectiva de los mercados.

La UE atiende también a las ayudas estatales que otorgan los gobiernos de los países de la UE a las empresas, como préstamos y subvenciones, desgravaciones fiscales, tarifas preferentes... de manera que estas no puedan favorecer a los intereses particulares de las empresas que las reciban en perjuicio de aquellas que no reciban estas ayudas (que además salen del bolsillo del propio ciudadano contribuyente) con el fin de dotar de eficacia a la competencia y así promover el crecimiento económico de una manera equilibrada.

Hay que puntualizar que la UE determina estas normas para que sean aplicadas de una manera flexible y racional, es decir, no hablamos de una legislación cerrada, sino que atenderá caso por caso aquellas actuaciones que perjudiquen a los consumidores ya otras empresas, ejemplo que podemos ver es que estas normas no se aplican en los casos en los que los gobiernos de los Estados disponen de ayudas para aquellas regiones desfavorecidas con el fin de buscar su desarrollo.

Buscando casos recientes de la actuación de la UE en este ámbito, en el año 2014 se multó a la empresa farmacéutica francesa Servier y a otros 5 productores de medicamentos genéricos con la cantidad de casi 430 millones de euros por actuar protegiendo los precios de los medicamentos genéricos del producto estrella de la empresa Servier, que es el perindropil, con usos reguladores de la presión arterial.

Otros casos que derivaron en multas descomunales son las impuestas a los bancos, como Barclays, Deutsche Bank, RBS, Société Générale, UBS, Citigroup y JPMorgan, que alcanzaron un monto total de unos 1800 millones de euros, pese a que hay que puntualizar que esta cifra se vio disminuida debido a que algunas entidades colaboraron activamente en la investigación y aceptaron un arreglo de dichas sanciones.

2.3.1 Relaciones entre el Derecho comunitario y nacional.

Fernando García Cachaferiro, miembro del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela nos muestra la forma en la que se relacionan el Derecho comunitario y el Derecho español de la competencia.

Los tribunales crean la denominada “teoría de la doble barrera”, una doctrina legal que a la vez que aplica el Derecho comunitario, no excluye la legislación nacional sobre competencia de un asunto concreto. De esta aplicación conjunta deriva un problema, y es que ambos ordenamientos al aplicarse simultáneamente resulten incompatibles, dada la complicación de que el ordenamiento comunitario comulgue con los 27 ordenamientos de los países miembros de la unión.

El Reglamento 1/2003 encargado de regular los artículos 81 y 82 del TCE, que ya hemos expuesto anteriormente, nos muestra unas pautas para poder aplicar homogéneamente el derecho comunitario y nacional.

Primeramente, su artículo 3.1 obliga a todos los países miembros a usar el Derecho comunitario cuando éste resulte aplicable, para evitar que los organismos nacionales apliquen únicamente su legislación interna, hecho que podría derivar en aplicaciones del derecho que resulten incompatibles entre los Estados miembros de la Unión afectando así a las relaciones transfronterizas de los países.

En su siguiente punto, el 3.2, el Reglamento determina la imposible prohibición de las prácticas colusorias que si que queden amparadas por el Derecho comunitario, esto es, aquellas prácticas colusorias que sean permitidas por el Derecho de la UE no podrán ser declaradas prohibidas en las legislaciones internas de los países miembros. Este aspecto trata de dotar de una seguridad a la hora de aplicar el Derecho de la competencia.

No obstante, existe una excepción notoria a este punto, y es que no se aplicará a aquellas conductas unilaterales, en las que si será posible aplicar una normativa nacional más desfavorable para estas prácticas.

2.4 La competencia desleal.

Los operadores en el mercado no pueden actuar como si no tuvieran competidores en el mercado pues la demanda se desvía hacia los competidores eficientes y eficaces. El operador con poder en el mercado sin competidores no tiene incentivos para ofrecer

buenos bienes y servicios a buen precio en el mercado. Cuando no existe ese operador dominante, los diversos operadores se ponen de acuerdo con el fin de no competir entre ellos, lo que recibe el nombre de cárteles. Pactan los precios, limitan la reproducción, reparten el mercado (Alicante es mi territorio, y no entro en el tuyo que es Madrid si no entras en el mío). En definitiva, renuncian a competir, perjudicando con ello a los competidores el funcionamiento del libre mercado.

Existe cierta similitud de las legislaciones de competencias en otros países. Donde se asemeja es por un lado, en la propiedad intelectual y por otro, en materia de la competencia. La mayoría de los países tienen legislación reguladora de la competencia, y en todas las legislaciones están encaminadas a regular dos conductas:

1. La monopolización de mercado.
2. La persecución de acuerdos colusorios: acuerdos de dos o más para fastidiar a un tercero, como los cárteles.

La primera ley de la competencia en España data de 1963 y fue consecuencia de la importación de las legislaciones norteamericanas. Uno de los acuerdos entre los EEUU y España fue que tenían que recoger una regulación de la competencia en España. Hoy en día, cuando un país pasa a formar parte de la UE, la política de la competencia es uno de los más importantes.

A raíz de estos tratados se incorpora la Ley de la Defensa de la Competencia. Había que determinar el grado de ilicitud de la competencia ¿penal o civil?- En EEUU llegaba a conllevar a condenas penales como ir a la cárcel. A diferencia de la legislación norteamericana, se optó por lo civil, los legisladores españoles lo consideraron finalmente ilícitos administrativos que se persiguen por este tipo de autoridades.

Artículo 101 y 102 del TFUE, criterio de afectación al comercio entre EEMM. El artículo 101 declara nulo todos los pactos que limitan la competencia, esto es, los acuerdos colusorios.

La Ley de Competencia Desleal tiene las siguientes funciones:

- 1) La persecución de las conductas. Afecta al aspecto institucional y establece conductas contra esa LC, artículo 1 conductas colusorias, siempre multilaterales, mas de 2. Son nulos todos los acuerdos o prácticas concertadas o paralelas o decisiones o recomendaciones que tengan por objeto restringir la competencia, no es una lista numerus clausus.

Empresa: toda persona que actúa en el mercado como oferente o demandante de bienes o servicios.

a). Prácticas concentradas o posiblemente paralelas. Puede excluirse de la prohibición determinados acuerdos que contribuyan a la mejora del proceso técnico o económico siempre y cuando una parte del beneficio se reserva para el consumidor solo contenga restricciones necesarias, no se excluya la existencia de competencia (aquí caben los contratos de distribución de distribución en exclusiva).

b). Abuso de posición dominante. Reglas para determinar: Establecer primero quien tiene posición dominante, hay que, para ello, delimitar primero el mercado relevante (mercado en el que las condiciones de competencia son homogéneas y son sustitutivos para el consumidor los productos que ofrece el mercado).

c). El procedimiento en materia de conductas. El procedimiento de clemencia. Quien formando parte de un cartel lo denuncie puede ser exonerado de pagar la multa.

2) El control de las concentraciones. Concentración: el cambio de control permanente. Si supera la concentración 240 mil euros, o 40% de cuota de mercado. Se puede aprobar la operación, aprobarla con modificaciones o prohibirla. En la Legislación española, se establece que la decisión de la CNMC, si existen motivos de interés público, el gobierno puede modificar la decisión tomada por esta Comisión.

3) La promoción de la competencia. Conjunto de actividades.

Pese al gran peso que posee actualmente esta materia en la actualidad social, la competencia desleal está en una gran parte matizada y es poco conocida por la sociedad. Además, tendemos a caer en la confusión de pensar que el Derecho de la Libre Competencia es igual a la legislación sobre competencia desleal. Aunque ambas regulaciones quedan, tal y como veremos a continuación ligadas, y además versan sobre la competencia no debemos entender por idénticas ambos textos, dado que no se trata de la misma materia.

Entendemos por competencia desleal, o comportamiento anticompetitivo, como aquellas prácticas realizadas en el ámbito comercial reguladas por la ley de competencia desleal, que tiene por objeto la protección de la competencia en cuanto a los intereses de los operadores en los mercados, ya sean consumidores o productores/comerciantes.

Será catalogado como desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe en el ámbito del comercio y que tienda a provocar la compra de un determinado producto en un sitio o lugar determinado, mermando la libertad de decisión del destinatario.

Tanto en el derecho estatal como en el comunitario nos encontramos con cláusulas de prohibición de competencia desleal, pudiendo acudir a una cláusula general de prohibición de la competencia desleal.

Por un lado, en el marco del Derecho comunitario, el art.5 de la Directiva de prácticas comerciales desleales contiene una prohibición de acuerdo con la cual se considera desleal aquellas prácticas que:

1-sean contrarias a los requisitos de diligencia profesional

2-distorsionen de manera sustancial con respecto al producto que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

En cuanto al Derecho interno, el art 5 de la LCD contiene una cláusula general según la cual:

- Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Lamentablemente, dado que la cláusula general en la legislación general estatal no coincide sustancialmente con la regulada en la legislación comunitaria, todas las ventajas que ofrece el poder recurrir a las cláusulas generales de prohibición de la competencia desleal quedan desvanecidas, por lo que es función del legislador español plantearse la cuestión de si la referencia que realiza a la buena fe objetiva será suficientemente amplia como para englobar los conceptos de diligencia profesional y capacidad de distorsión que si que refleja la cláusula general establecida por la normativa comunitaria, ya que de no ser así, la legislación deberá ser modificada para poder adaptarse a las exigencias de la Unión Europea.

2.4.1 Los actos típicos de competencia desleal

Debemos diferenciar aquellos actos que sean considerados desleales desde el punto de vista de la normativa comunitaria y los que lo sean con respecto a la normativa interna, ya que

como hemos explicado antes, existe una disparidad en cuanto a la cláusula general comunitaria e interna que hace que existan un conjunto de actos o comportamientos que son considerados como desleales por parte de la LCD y no poseen dicha consideración desde el punto de vista de la Unión Europea.

2.4.1.1 Actos típicos de competencia desleal en el Derecho comunitario

Las encontramos en la DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

1- Las acciones y omisiones engañosas:

Artículos 6 y 7 de Directiva.

La importancia que adquiere este tipo de actos en cuanto a poder hablar de engaño, es que el consumidor medio es llevado a tomar una decisión en cuanto a una transacción económica que de haber sido en circunstancias normales, no habría tomado.

Nos dice el artículo 6 que es toda práctica comercial que contenga información falsa o que, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que lleven al consumidor a tomar una decisión que de otro modo no hubiera tomado.

El artículo 7 se refiere a aquellas prácticas que omitan información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa.

2- Las prácticas comerciales agresivas:

El artículo 8 de la Directiva nos dice que se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado.

Según el artículo 9, la existencia de acoso, coacción o influencia indebida atenderá no solo a criterios subjetivos, sino que responde a una serie de criterios objetivos como el momento y lugar, el lenguaje, circunstancias de los que se valga la persona que realice el acto para mermar al consumidor, obstáculos desproporcionados interpuestos por el comerciante y la amenaza de ejercer una acción que no revista un carácter legal hacia el consumidor por parte del comerciante.

3- Las prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia:

Se trata de una serie de un total de 31 prácticas que quedan recogidas en el Anexo I de la Directiva clasificadas en función de si poseen la consideración de engañosas o agresivas, consideradas desleales en cualquier circunstancia y que, por lo tanto, deberán ser así consideradas en todos los Estados miembros de la Unión.

Ejemplos de este tipo de prácticas son el afirmar que cierto producto solo estará disponible por un periodo de tiempo muy limitado o en condiciones determinadas con el fin de que el consumidor se vea llevado a tomar una decisión rápida, sin poder emplear el tiempo necesario para elegir.

Otro ejemplo puede ser las afirmaciones inexactas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que puede suponer un producto para la seguridad personal del consumidor o la de sus allegados si éste no selecciona el producto en cuestión.

Entre estas, destacamos las siguientes:

-Señuelos publicitarios: Los comerciantes tienen prohibido anunciar productos a un precio bajo cuando no tengan existencias suficientes, así como también se exige informar a los clientes de los artículos a la venta y la duración de las ofertas.

-Ofertas “gratuitas” falsas: En las que el comerciante ofrece un servicio o producto gratuito cuando en realidad va incluido en el precio del producto principal.

-Manipulación de menores: Los operadores jamás podrán dirigirse a los niños con el fin de convencer a sus padres para que compren sus productos.

-Falsas propiedades sanitarias: Ofrecer ciertos productos con fines terapéuticos cuando estas propiedades no queden demostradas científicamente.

-Anuncios ocultos en informaciones dadas en los medios de comunicación: ya sean realizados vía periódicos, radio, televisiones o cualquier otro medio. Cuando el espectador está viendo un anuncio, tiene derecho a saber que se trata de esto, y no de ser persuadido sin ser consciente de ello.

Pirámides de venta: En estas prácticas se ofrece un gasto que repercutirá en unos mayores beneficios para ir atrayendo participantes, estructura en la cual, llegado un momento, existirá un colapso en el cual los últimos en ser parte sufrirán la pérdida de lo invertido.

-Premios y regalos falsos: En estas prácticas se ofrecen productos gratuitos al consumidor para, posteriormente, exigirles un desembolso si quieren adquirirlos. Se trata de prácticas abusivas.

-Ventajas falsas: En las cuales se te ofrecen una serie de ventajas especiales en los productos cuando realmente es la ley la que las garantiza.

-Falsas ofertas limitadas: Presionar al consumidor informando que ciertas ofertas estarán disponibles únicamente durante un tiempo muy limitado buscando que éste acuda a adquirir el producto sin informarse previamente de las condiciones.

-Ofertas no solicitadas y persistentes: Aquellas ofertas que no solicita el consumidor que se ofrecen vía teléfono, internet, fax u otro medio de venta a distancia.

2.4.1.2 Los actos típicos de competencia desleal en el Derecho interno.

Los actos típicos de competencia desleal en nuestro ordenamiento están recogidos fundamentalmente en los artículos 6 a 17 de la Ley de Competencia Desleal, aunque también serán aplicables la legislación de propiedad industrial e intelectual, la legislación general de publicidad y la legislación de consumidores y usuarios.

1-Actos de confusión:

Artículo 6 de la LCD. Será catalogado como desleal aquel comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. Será suficiente el riesgo de asociación por parte de los consumidores con respecto de la procedencia de la prestación para fundamentar la deslealtad de la práctica.

Estos actos también quedan recogidos en el art. 6 de la LGP constituyendo supuestos de publicidad desleal.

La finalidad de este artículo, tal y como sostiene la STS de 13 de mayo de 2002 es impedir que los consumidores que usen o utilicen el mercado no padezcan el riesgo de confusión y no adquieran lo que en el ejercicio de su soberanía o voluntad conjunta, aspiran o quieren obtener, sino la adquisición de otros productos sucedáneos improcedentes. Este caso no se estimó la pretensión debido a que se consideraban innecesarias las razones para sustentar que los productos podrían llegar a confundirse, sobretodo por la marca, notoriamente diferente. Se trataba de una enciclopedia que demandó a la Diputación de Zamora debido a la publicación de un álbum de cromos que tenía las mismas imágenes.

En otro caso, en la STS de 20 de febrero de 2006, si que se estimó la producción de una confusión en el nombre de una marca de la competencia , en la cual la Sala entendió que se prueba que la denominación inducía a confusión y que se aprovechaba el nombre de una marca conocida.

2 Actos de engaño:

Será considerado desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier tipo de práctica susceptible de inducir a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación o distribución, las características, la aptitud en el empleo, la calidad, la cantidad o las ventajas de un determinado producto, tal y como refleja tanto el art.7 LCD tanto los arts. 4 y 5 de la LGP.

Acorde con la jurisprudencia al respecto, el engaño puede darse tanto por una falta de veracidad de las características, en general, de un producto o servicio, como por la omisión de datos considerados fundamentales de los mismos. Por parte de las omisiones engañosas, debemos puntualizar que no se produce como consecuencia de un silencio, sino del contraste entre lo indicado y lo que se silencia al respecto en el producto en cuestión, tal y como podemos observar en la STS de 8 de mayo de 1997, en el cual se litiga sobre una publicidad en la cual se destacan las desventajas del cloro y de los productos químicos en general, induciendo al consumidor a pensar que el producto que se publicitaba no poseía estos elementos químicos, cosa que en la práctica no sucedía, induciendo a erros a sus destinatarios y afectando así a su respuesta en el mercado.

3. Obsequios, primas y supuestos análogos.

Se encuentra en el artículo 8 de la LCD. Hablamos de un modo de publicidad en el cual fomentan la contratación de una serie de prestaciones mediante la concesión de regalos, derechos o servicios a título gratuito, es decir, sin ser requerida una contraprestación por estos.

Se considerará legal dicha práctica si se compromete de alguna forma al consumidor a la contratación de la prestación principal o si se le induce a error sobre el valor del producto que adquiere, sin poder analizar exhaustivamente el valor efectivo de la oferta. La ley nos dice que son casos en los que “el coste efectivo de la ventaja excede del quince por ciento del precio de la prestación principal”.

No obstante, debemos detenernos en que no se considerará desleal aquellas prestaciones o productos distintos, tal y como podemos ver en diversas sentencias, como por ejemplo la STS de 16 de diciembre de 2004, referente a la venta de libros en centros comerciales.

4. Actos de denigración

Son aquellas afirmaciones que se dirigen con el fin de menoscabar el crédito en el mercado de un empresario, de su actividad o de sus productos, tal y como recoge el art. 9 LCD y el 6 de la LGP. Son aquellos actos contra la reputación de las personas en el mercado y que tengan finalidad concurrencial, y solo serán desleales cuando sean inexactas. Es decir, la desvalorización de un comerciante no será desleal si se trata de afirmaciones ciertas.

Ejemplo de acto de denigración lo contemplamos en la STS de 4 de junio de 2002 en los que se valora una publicidad comparativa como denigratoria, en la cual la publicidad, bajo el lema (en valenciano) de “con la salud no se juega” se realizaba un cuadro comparativo de los servicios de la empresa que se publicitaba con los de la empresa demandante, en los cuales se consideró que, pese a que el demandado alegó la *exceptatio veritatis*, es decir, que no constituía acto de denigración al ser información cierta, se rechazó al considerar que no se hacía honor a la verdad, ofreciendo solo una información parcial.

5. Actos de comparación

Quedan recogidos en los arts 10 LCD como “comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla se refiere a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables” y en el 6.c) LGP, con una definición similar a la expuesta en la LCD.

Son aquellas comparaciones con respecto a un tercero realizadas con el fin de resaltar, ya sea directa o indirectamente, un mayor interés para el usuario en adquirir esos bienes y servicios en detrimento del tercero comparado.

6. Actos de imitación

Cabe matizar que la imitación será lícita excepto cuando ésta comporte un riesgo de asociación de prestaciones por los consumidores o un aprovechamiento de la reputación de los terceros ajenos que no sea merecida.

Estos actos van muy ligados a las marcas, y en la actualidad son objeto de un gran número de disputas, como en el caso de la STS de 7 de Octubre de 2005, en el que se litigó por el diseño de bolsos que comercializa la conocida marca Chanel.

Hay que entender que hablamos de actos de imitación en referencia a prestaciones o iniciativas empresariales, no a bienes o productos.

Se recoge en el art 11 LCD.



7. Explotación de la reputación ajena.

Es un supuesto típico y clásico, se trata de presentar una fama ajena como propia en el mercado competitivo para atraer el interés del consumidor.

Se considera desleal en base al art 12 LCD el aprovechamiento indebido, ya sea en beneficio propio o ajeno, de aquellas ventajas adquiridas por otro operador en el mercado.

Se prohíbe también el uso de la reputación ajena utilizando signos propios del producto de referencia.

8. Violación de secretos.

Se encuentra en el art 13 LCD. Se persigue la divulgación o explotación de un secreto empresarial obtenido legítimamente pero en el cual se debe mantener si no se posee la autorización del titular de éste. La adquisición de secretos por medio del espionaje también será considerada desleal.

Se considera requisito esencial que esta actividad realizada tenga como fin la obtención de un provecho, ya sea propio o de un tercero o la búsqueda de un perjuicio para el titular del secreto.

Este aspecto tiene una notoria importancia en nuestro ordenamiento en la actualidad. Tanto es así, que, el 1 de junio de 2018 se publicó un Proyecto de Ley referente a los Secretos Empresariales que relaciona directamente la necesidad de proporcionar a las entidades innovadoras una herramienta que pudiera velar por sus derechos de propiedad industrial e intelectual en base a la confidencialidad que requieren ciertos conocimientos (así como datos empresariales de clientes y proveedores, planes comerciales...) empresariales constitutivos de secretos empresariales fruto de la inversión que realizan estas empresas en innovación.

Este proyecto de ley surge a raíz de que estas empresas quedan expuestas a prácticas desleales que busquen apropiarse de estos secretos obtenidos por las empresas innovadoras, ya sea mediante robo, copia no autorizada, espionaje o incumplimiento de la confidencialidad. Estas prácticas comprometen en gran medida la seguridad jurídica de las empresas que sí apuestan por un modelo de negocio innovador que busque cierta ventaja en el mercado por medio de obtener ciertos beneficios procedentes del desarrollo e innovación de conocimientos técnicos o científicos. De permitirse esto, se desincentivaría en gran medida la innovación y la creatividad de las empresas al no obtener un derecho que le ampare ante las prácticas desleales de otras empresas que busquen aprovecharse de la innovación ajena en el sector privado.

Es por esta razón que desde el panorama internacional se ha ido poniendo el foco y regulando la materia para poner fin a este problema. La Unión Europea aprobó la Directiva 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (lo que hemos definido anteriormente como secretos empresariales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas cuyo objetivo principal es poder proteger el mercado interior de estas violaciones de secretos y garantizar una competencia libre, justa que proteja los intereses de aquellas empresas que centran sus esfuerzos en innovar y desarrollar el mercado mediante la obtención de nuevos conocimientos y herramientas que fomentan la competitividad empresarial.

En este proyecto de ley se definen estos secretos como la información secreta en el sentido de no ser conocida por las personas pertenecientes a círculos en los que normalmente se

utilice esa información, no fácilmente accesible, que posea un valor comercial derivado de su carácter secreto y haya sido protegido con ciertas medidas razonables según las circunstancias para mantenerse secreta. Se elimina así de esta definición la información que no se aprecie importante, así como la experiencia y competencia adquirida por un trabajador durante el desempeño de sus funciones habituales y la información general o conocida fácilmente por los círculos en los que se use ésta.

9. Inducción a la infracción contractual.

El artículo 14 LCD nos diferencia tres actos de competencia desleal: la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, a la terminación regular de un contrato, y el aprovechamiento de una infracción contractual no inducida.

Si hablamos del primer caso, lo ilícito es el ejercicio de una influencia sobre personas para que éstas infrinjan deberes contractuales con competidores.

En los dos casos posteriores, hablamos de una influencia sobre un sujeto para que finalice una relación contractual con la intención de aprovecharse de un secreto empresarial mediante engaño o la búsqueda de eliminación de un competidor en el mercado.

10. Violación de normas.

La violación de una norma, aparte de comportar las consecuencias jurídicas derivadas de la propia infracción de la norma en cuestión, puede ser considerada un acto de competencia desleal, con las consecuencias que ello lleva aparejado.

La Ley española de competencia desleal tipifica como desleal la violación de normas. Pero no la violación de normas sin más, sino que han de darse determinados requisitos.

Así, la Ley expresamente indica que se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes, debiendo ser dicha ventaja significativa.

Es decir, que para que se considere desleal, esa infracción de las leyes ha de generar una ventaja competitiva, ventaja que además ha de ser significativa, y hay que prevalerse de dicha ventaja.

Pero por otra parte, la Ley también indica que es desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad en competencia. En este caso concreto pues, no han de darse los requisitos antes mencionados, sino que el hecho de que la norma infringida tenga por objeto la regulación de la actividad en competencia ya comporta sin más que la infracción de dicha norma sea considerada además un acto de competencia desleal.

Igualmente se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería. Hay que prestar atención, ya que en ocasiones puede que no solo se esté infringiendo una norma, sino que además se reciba una reclamación por competencia desleal por parte de algún competidor.

11. Discriminación y dependencia económica.

El artículo 16 LCD nos da una serie de conductas que serán catalogadas como desleales:

- La discriminación sobre consumidores en precios y condiciones de venta salvo su debida justificación.
- Explotación de una situación de dependencia económica en la que no existan alternativas en su actividad.
- Ruptura de relaciones comerciales sin antelación ni comunicación previa.
- Obtención de condiciones contractuales ventajosas por medio de amenazas en cuanto a la ruptura de las relaciones contractuales.

Esta serie de medidas van dirigidas a la protección de aquellos operadores/consumidores en el mercado que se encuentren en una situación inferior, jerárquicamente hablando, con respecto a posibles abusos realizados por los operadores dominantes.

12. Venta a pérdida

Supuesto recogido en el art. 17 LCD, nos dice que la venta a bajo coste, es decir, por un precio menor al coste de adquisición será desleal en los siguientes casos:

- Pueda llevar a error a los clientes con respecto a los precios de los otros competidores en el mercado.
- Busque desmerecer el producto ajeno.

-Se conforme como estrategia para eliminar competidores en el mercado.

En definitiva, la venta de productos a precios inferiores al de adquisición se considerará desleal cuando trate de afectar a la conducta de los consumidores o forme parte de una estrategia de eliminación o desacreditación de un competidor. Debemos analizar si los casos se encuadran con estas condiciones, dado que de ser contrario a estos requisitos se desestimarán las posibles pretensiones expuestas.

ANTEPROYECTO DE LEY DEL CODIGO MERCANTIL

El día 7 de noviembre de 2006 el Ministro de Justicia encargó a la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la tarea de elaborar un nuevo Código Mercantil que sustituyera al actual en nuestro ordenamiento, ya que éste data del año 1885, es decir, tiene 130 años. Es la antigüedad de nuestro actual Código de Comercio la que nos lleva a pensar que no se ajusta adecuadamente a nuestra realidad tanto política como económica y social, ya que debido a la celeridad del comercio muchas leyes se han visto modificadas en cuanto a su contenido o han ido derogándose parcialmente, mientras que leyes especiales surgían vaciando de contenido las anteriores. Uno de los ejemplos que podemos ver y me parece notorio, es el del comercio electrónico, ya que en el momento de la elaboración del actual Código Mercantil era inconcebible la disposición de una herramienta como es actualmente internet en la cual se establecen una inmensa cantidad de transacciones mercantiles que incumben al Derecho Mercantil.

Otro de los grandes objetivos que se perseguía con la elaboración de este nuevo Código de Comercio era la idea de crear un único Código para un mercado único que extendiera sus efectos a lo largo de todo el territorio nacional, es decir, unificar en un texto toda la legislación especial que se regula.

En definitiva, los objetivos de este anteproyecto de código Mercantil son garantizar la unidad de mercado, modernizar la regulación, evitar la dispersión normativa y aumentar la seguridad jurídica y agilidad del tráfico económico.

En cuanto al título competencial en el que se fundamenta el anteproyecto, es el 149.1.6 CE¹⁵, además del 149.1.8, referente a la ordenación de los registros públicos y el 149.1.9, de la propiedad industrial.

En la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, se nos muestra que “el Código resulta el instrumento de política legislativa más adecuado. Cuando parecía superado el movimiento codificador, renace actualmente como recurso unificador (un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional), que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula”.

3.1 Cambios significativos que introduce el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil

A continuación, trataremos de explicar brevemente el contenido del Código Mercantil :

El Código se encuentra dividido en un total de siete Libros, todos ellos ordenados con sus correspondientes Títulos y Capítulos.

Pasamos ahora a analizar de una manera pormenorizada cada una de las partes del anteproyecto y a tratar de observar los cambios más significantes que encontramos en relación a nuestro actual Código de Comercio.

Los siete Libros vienen precedidos de un Título Preliminar cuyo objetivo es el de delimitar el objeto del Código, haciendo referencia tanto a su ámbito objetivo como subjetivo y delimitando también la materia mercantil que se regula.

El **Libro primero** es el correspondiente a las empresas y los empresarios. También versa sobre la contabilidad y el Registro Mercantil. En él vemos que se incluye una norma referente a la responsabilidad patrimonial del emprendedor de responsabilidad limitada, y es que en ésta figura se excluye la vivienda habitual de la responsabilidad de éste en relación a su actividad económica. Las empresas son catalogadas como una organización de elementos, exhibiendo aquí un nuevo valor, el fondo de comercio. Además, las normas que regulan los principios registrales adquieren un rango legal.

¹⁵ El Estado tiene competencia exclusiva en la legislación mercantil.

El **Libro segundo** refiere a las sociedades mercantiles. Se marca un espacio común para dotar a éstas de unas disposiciones generales aplicables a todas, mientras que posteriormente se bifurcan dos categorías, que son las sociedades mercantiles de personas y las de capital, surgiendo además la página web corporativa¹⁶. En cuanto a la nacionalidad de éstas, se sigue un criterio constitutivo, sin interferir el domicilio. Por último, vemos una novedad en la creación de un capítulo relativo a las normas de la sociedad anónima europea cuyo domicilio se encuentre en España.

Especial relevancia adquieren las modificaciones estructurales de las sociedades, más notorias en el caso de la fusión de sociedades y en las facultades reconocidas al gobierno en cuanto a las operaciones internacionales. Se regulan las uniones de empresas, entre ellas, los grupos de empresas, agrupaciones de interés económico y uniones temporales de empresas.

El **Libro cuarto** regula las obligaciones y contratos mercantiles en general, con un fin específico que es el de actualizar la regulación de la actividad mercantil, que ha sido inalterada hasta ahora, a diferencia de los cambios que se han podido observar en el Derecho Mercantil en cuando a otros puntos. Las normas generales aplicables a obligaciones y contratos mercantiles se modernizan.

En cuanto a la eficacia dispositiva, las normas imperativas únicamente serán aquellas que así vengán especificadas como tal. Se reconoce la autonomía de la voluntad de los operadores en cuanto a libertad de pactos y cláusulas de confidencialidad y de exclusiva. Se incluyen nuevas formas de contratos mercantiles (como pueden ser y adquieren una gran importancia en el tráfico actual, tal y como hemos dicho anteriormente en la introducción al anteproyecto, la contratación electrónica o las facturas electrónicas), de forma que se da visibilidad a una realidad social de nuestros tiempos.

El **Libro quinto** regula los contratos mercantiles celebrados en el tráfico económico de una forma continuada y habitual. Se incluyen el contrato de intercambio de bienes

¹⁶ Es el sitio web de una empresa o entidad, es de su propiedad y publica la información que quiere, es su escaparate online y está bajo su control. Su contenido ha de ser una decisión estratégica vinculada a la actividad del negocio.

(compraventas, permuta), el de obra por empresa (construcción, reparación...), prestación de servicios (publicidad o agencia), el de depósito mercantil, el contrato de transporte, el financiero y el de seguros.

El **Libro sexto** pertenece a los valores e instrumentos de crédito y pago. Se dotan de los principales elementos a la elaboración del concepto título-valor, tratando de evitar que este modelo sea condicionante en el concepto normativo de lo que es el título-valor al cambiar de categoría conceptual a legal. Se incluye además un régimen jurídico para las tarjetas como forma de pago o de crédito a corto plazo¹⁷.

El **Libro séptimo** regula las normas sobre la prescripción y la caducidad. En referencia a la prescripción, se establece un plazo único general que es de cuatro años excepto disposición expresa que establezca lo contrario. Se reflejan también los supuestos especiales de las prestaciones periódicas y accesorias. En cuanto a la caducidad, que aparece por primera vez con carácter general en la legislación del Código Mercantil, se establecen sus aspectos esenciales, tales como efectos, validez o nulidad de los pactos sobre ésta y la determinación de cuándo se procederá a su determinación de oficio.

Al final encontramos **seis disposiciones adicionales**, cinco transitorias y una derogatoria y **diez disposiciones finales**, entre las que destaca la que nos dice que la entrada en vigor del anteproyecto en el plazo de tres meses desde su publicación en el BOE.

3.2 Libro tercero del derecho de la competencia y de la propiedad industrial del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil

El **Libro tercero** regula el Derecho de la competencia y la propiedad industrial y está formado por un total de seis Títulos. Esta regulación de la competencia es una de las novedades más significantes en el nuevo Código de Comercio. Con una gran relevancia en cuanto desde el proceso, ya que según la Memoria de Análisis del Impacto Normativo de este anteproyecto se llena el vacío previamente existente de que, a pesar de unas exigencias

¹⁷ Viendo en este caso otra vez como el anteproyecto de Código Mercantil trata de reflejar la realidad social y económica actual.

que venían desde el ámbito europeo, no se transponían en el Derecho de Defensa de la Competencia español.

En cuanto a las conductas desleales y las prácticas restrictivas, el régimen jurídico convive con la consideración de actos de competencia desleal tachados de ilícitos desde el punto de vista de la defensa a los consumidores y usuarios y de las prácticas restrictivas de la competencia como ilícitos administrativos según la legislación especial existente.

A continuación veremos título por título la materia regulada en cada uno de éstos:

-El Título I refleja los principios generales de la competencia.

-El Título II, las reglas sustantivas ordenadores, derogando la anterior Ley 3/1991¹⁸ de competencia desleal.

-El Título III versa sobre la legislación de defensa de la competencia, pero lo hace refiriéndose a lo ya legislado en la normativa específica.

-El Título IV hace referencia a las acciones derivadas de la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia. En él se encuentran las normas procesales de la ley de Competencia Desleal.

-El Título V, sobre los códigos de conducta.

-El Título VI, dedicado a la Propiedad Industrial.

Esta regulación es completada en una disposición adicional que trata sobre la modificación de normas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la competencia y una disposición derogatoria que determina las normas que quedan derogadas con el nuevo Código de Comercio.

PROBLEMÁTICA

Nos disponemos ahora a tratar de analizar los problemas surgidos en base a la redacción de este anteproyecto.

El texto legal regula una serie de materias que no quedaban recogidas hasta la actualidad en nuestro Código de Comercio y que son base para la necesaria actualización de nuestra legislación mercantil, tal y como hemos observado anteriormente en el comercio

¹⁸ Actual ley referente en la lucha contra la competencia desleal y aún vigente en nuestros días

electrónico y con ejemplos claros como puede ser el uso de tarjetas de crédito. Cabe repetir que nuestro actual Código de Comercio data del año 1885, por lo que reiteramos que ha quedado en gran medida anticuado y no se ajusta como debería a la realidad social de nuestros tiempos.

Pese a esto, consideramos que no queda del todo acertada la decisión de codificar un texto para conseguir la modernización de la que hablamos, ya que no podremos dotar de una permanencia al texto que estamos analizando. Razones hay de sobra para hablar de la celeridad¹⁹ existente en este ámbito del derecho, ya que día a día el comercio va renovándose, por lo que nuestro nuevo texto no tardaría mucho en volver a quedarse atrás y alejarse de la realidad de la sociedad.

Más concretamente, desde el campo que estamos trabajando, la competencia, se observan una serie de consecuencias negativas a la hora de tratar la defensa de la competencia en España, además de una posible descoordinación de la normativa que se recoge en el anteproyecto, concretamente en lo relativo a la defensa de la competencia, y el órgano sancionador.²⁰ Esto se debe a una desviación con lo establecido a la legislación específica de defensa de la competencia, cuya adecuación se aconseja a la hora de su aplicación, tanto por las autoridades nacionales como las comunitarias.

En relación a lo que acabamos de mencionar, la CNMC, en su informe²¹, señala una relación de aspectos a tener en cuenta

- 1- El Libro III está redactado para proteger el ámbito de la competencia en su esfera privada, y pese a esto existen ciertos matices que nos llevan a hablar de que no es así del todo. Un ejemplo de esto es la sustitución de la actual Ley 3/1991²² por la normativa contenida en el anteproyecto. Este cambio nos lleva a advertir de la posibilidad de un necesario desajuste entre los ilícitos de carácter administrativo en expedientes sancionadores sobre competencia desleal que, al falsear la libre competencia, afectan al interés público.

¹⁹ Dado que en nuestros tiempos no dejamos de introducir nuevos mecanismos y nuevos métodos para hacer nuestras transacciones en el día a día y la realidad cambia constantemente, por ejemplo, vemos el comercio a través de internet que no deja de reinventarse y va cada día más allá, véase el caso de los primeros drones rusos que se dice servirán como repartidores de mensajería.

²⁰ Tal y como observamos en el Libro III de la propuesta de Código: "Del derecho de la competencia y de la propiedad industrial"

²¹ IPN/DP/0010/14 informe sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil

²² Ley aprobada el 10 de enero referente a la competencia desleal

- 2- En el texto, se hace alusión repetidas veces al concepto de empresa, de fusión empresarial o de grupos de empresas. Esto presenta un riesgo en el caso de la no coincidencia de estos conceptos con el concepto que se tiene en la sociedad de estos términos. Diferenciamos tres vertientes:
 - a) En relación con el Derecho comunitario mediante lo recogido en los artículos 101-109 del TFUE y los reglamentos derivados, pueden introducir variaciones en los conceptos asentados en la legislación y jurisprudencia comunitaria.
 - b) En cuanto al Derecho nacional, en cuanto a que varían los términos expresados en nuestra legislación de la competencia actual
 - c) Se pone en peligro la seguridad jurídica, ya que los operadores no saben a ciencia cierta que concepto están manejando debido a que existe una pluralidad de definiciones para un mismo término.
- 3- Por último, cabe añadir que los objetivos desde el ámbito público y privado pueden diferir, por lo que se considera, en definitiva, necesaria una alineación de los conceptos en los diferentes ámbitos normativos.



4.1 Problemas surgidos a raíz del cambio de legislación y posibles soluciones

A continuación procederemos a señalar una serie de aspectos reflejados en el informe sobre el anteproyecto de ley del Código Mercantil redactado por la CNMC el 17 de julio de 2014 en el que se señalan una serie de observaciones particulares del posible impacto que tendría el cambio de legislación en el marco del Derecho de la Competencia, ya no solo en lo referente al Libro III, que es el que se ocupa de la legislación al respecto, si no en la totalidad del anteproyecto.

4.1.1 Autonomía del Derecho de la Competencia

Un aspecto imprescindible a la hora de hablar del Derecho de la Competencia es su autonomía, fruto de la primacía y efecto directo del Derecho comunitario. Llegamos a la conclusión de que, al respecto, cualquier modificación es propensa a crear un desajuste de necesaria corrección.

En el ámbito subjetivo, cuando nos disponemos a hablar del concepto que tenemos de operadores, observamos cómo en el Título preliminar se da una definición de qué

entendemos por operadores en el mercado, diciendo que quedan recogidos en este concepto los empresarios, las personas físicas que ejercen profesionalmente una actividad y las personas jurídicas que ejerzan determinadas actividades, además de entes sin personalidad por medio de los cuales se ejerza según qué actividades, que serán catalogados y tratados como tal mientras que en el Título III del Derecho de la competencia, específicamente en el artículo 310, se dice que “serán operadores del mercado cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado”. Observamos pues como por un lado desde el Derecho de la competencia se da una definición mucho más amplia del concepto de operador, ya que determina como clave la realización de una actividad económica, dejando al margen, a diferencia de la definición expresada en el Título preliminar, la personalidad de los operadores y demás requisitos que quedan reflejados.

Además, podemos caer en un equívoco a la hora de entender esta primera acepción, ya que no toda sociedad será operador en el mercado, ya que no siempre ejercen una actividad de la naturaleza requerida. Por otro lado, el hecho de que la actividad económica deba ejercerse de una manera profesional, establece excesivas trabas, ya que la cualificación de la actividad no es determinante para el Derecho de la competencia.

Como posible solución, se debería atender a las normas comunitarias y nacionales para referirnos al ámbito subjetivo de operadores del mercado. Así pues, se obtendría una seguridad jurídica necesaria además de dotar de unidad al mercado, quedando la anterior definición como mera referencia, y no como clave para entender el concepto de operador, ya que establece una serie de requisitos que puede ser fruto de un gran número de controversias a la hora de entender y poner en uso el Derecho de la competencia.

En lo referente al ámbito objetivo, y atendiendo otra vez al Título preliminar del anteproyecto, se habla del concepto de mercantilidad desde tres posibles actos: los actos y contratos emanados de un operador sujeto al Código, los actos y contratos calificados mercantiles por el Código según su objeto y los actos de competencia en el mercado.

El problema aquí erradica en qué entendemos como actos de competencia en el mercado, y es que no observamos ninguna definición que nos aclare este concepto.

En el Libro III²³, se nos muestra una posible acepción al referir que “Las normas sobre competencia serán de aplicación a las conductas que con fines concurrenciales se realicen en el mercado, antes, durante o después de una operación comercial...”

Nos encontramos ante el mismo problema que reflejábamos anteriormente en relación al ámbito subjetivo, y es que no tenemos una definición clara que se alinee con lo establecido en el Derecho comunitario y nacional, que nos habla de una mera actividad económica, independientemente de los requisitos que nos pone el anteproyecto, que solo llevan a la confusión.

Por lo tanto y como solución a este problema, sería menester remitir a la normativa comunitaria y nacional todo lo referente al ámbito objetivo del Derecho de la competencia, tal y como hemos apuntado anteriormente con el ámbito subjetivo de ésta.

Mención aparte merecen las modificaciones estructurales de empresas. En el anteproyecto se señala que “dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad de nueva creación o ya existente, mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la nueva sociedad o de la absorbente”²⁴

Esta definición genera diferentes implicaciones para el Derecho de la competencia, en su ámbito comunitario y nacional. Cabría reflejar que estas uniones de empresas pueden dar lugar a una concentración económica, que, tal y como hemos escrito anteriormente en este trabajo, debe ser objeto de un procedimiento de control por parte de las autoridades comunitarias o nacionales competentes.

Por tanto, una solución a este inconveniente, tal y como acabamos de mencionar, sería aclarar que el Derecho de la competencia interviene a la hora de establecer si podemos estar o no ante una concentración económica que pudiera alterar el equilibrio de la competencia en los mercados.

Por otra parte nos encontramos con las uniones de empresas, refiriéndonos a grupos de sociedades y presunciones legales de control de una sociedad por otra.

²³ Libro III sobre Derecho de la competencia, artículo 310.2

²⁴ Artículo 263.1 anteproyecto Código de Comercio

En nuestro actual Código de Comercio, concretamente en su artículo 42, se establece que hablamos de grupos de sociedades o presunciones de control cuando una sociedad controle otra u otras, precepto supuesto en los casos que disponga de la mayoría de derechos de voto o tenga la capacidad de nombrar y destituir a la mayoría de miembros del órgano de administración, que para el caso es la misma situación.

El anteproyecto, a diferencia de nuestra actual legislación, habla en su artículo 291.1 del caso en el que una sociedad controle a otra o cuando varias estén controladas por una misma persona²⁵ o cuando dos o más sociedades actúen de una manera coordinada.

En el aspecto de la actuación coordinada de dos o más sociedades observamos la introducción de un punto no existente hasta la fecha, utilizando un criterio de control.

La presunción de control se presume en los casos en los que “los elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo.” O cuando “una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la perteneciente de la misma al grupo”²⁶

El concepto que abarca la pertenencia a un grupo se extiende, tal y como lo hacen también las presunciones legales, pero esto no significa que se limiten los casos a los establecidos en dichos artículos a la hora de aplicar las normas sobre defensa de la competencia, destacando aquí su autonomía, ya que de lo contrario se podrían dar casos de trabas a la hora de aplicar el Derecho de la competencia tales como dificultades a la hora de establecer sanciones dependientes del volumen de negocios de las empresas infractoras de la competencia, ya que no es lo mismo si hablas de una única empresa que infringe las normas de competencia o si es un grupo de empresas el que está actuando en contra de las normas de competencia.

4.1.2 Interferencias del Gobierno en fusiones

Las facultades de intervención del Gobierno, tal y como dice el artículo 263-7.2²⁷ quedan estrictamente limitadas por dos vertientes. Por uno, la libertad empresarial, con respaldo

²⁵ Ya sea natural o jurídica

²⁶ Artículo 291.3, presunción legal de control de una sociedad por otra

²⁷ “La fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido en la Sección 2ª sobre fusiones

constitucional ²⁸, por lo tanto y cuyo fin es que los operadores del mercado ejerzan sus funciones sin que los poderes públicos puedan intervenir en sus actividades de una manera abusiva o indebidamente justificada. Por otro, vemos como la normativa comunitaria tanto como la nacional se aplica en lo referente a las concentraciones empresariales, se aplicará la nacional para estos según la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005.

En el proyecto de Código de Comercio que estamos analizando se exponen tres posibles casos de intervención estatal:

- 1- La capacidad del Gobierno de oponerse a la participación de una sociedad española en constituciones de sociedades anónimas europeas por medio de una fusión²⁹, siempre y cuando existan razones de interés público.
- 2- Tendrá capacidad de oposición en los casos de fusiones transfronterizas, si una de las empresas está sujeta a la legislación nacional pero domiciliada fuera del territorio de la UE y al traslado de una sociedad domiciliada en España fuera de la UE³⁰, en los casos en los que se considera un interés público en estas fusiones.
- 3- El gobierno podrá también, por tercer y último lugar, oponerse a cambios de domicilio de una sociedad anónima europea registrada en España cuyo cambio supondría un cambio en cuanto a la legislación a la que queda sujeta la empresa.

Estos tres puntos se exponen bajo la justificación de la necesaria introducción de un mecanismo limitado de oposición del Gobierno ya previstos en otros supuestos y con unos efectos similares.

No obstante, la CNMC, en su informe, ve necesario relacionar el condicionamiento reflejado a una serie de observaciones:

- 1- Se amplían las facultades de intervención del ejecutivo en relación a lo contemplado en el artículo 60 de la LDC, en lo referente a la intervención del Consejo de Ministros, ya que éste habilita al gobierno únicamente con el fin de confirmar la

transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas.”

²⁸ Artículo 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.

²⁹ Art 234-13

³⁰ Tal y como podemos ver en el art. 266-1

resolución emanada del Consejo de la CNMC cuando se vea necesario una prohibición de la concentración, por lo que se considera necesario establecer ciertas limitaciones a estos aspectos.

- 2- En el anteproyecto no llegan a decirnos qué es lo que entendemos por interés público, por lo que queda en un lugar un tanto discrecional debido a que no existen criterios objetivos para hablar o no de la existencia de una razón de interés público.
- 3- La motivación debería ceñirse a la línea establecida en cuanto a la evaluación teniendo en cuenta los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción ³¹

4.1.3. Acciones referentes a la competencia desleal y prácticas restrictivas

Entramos ahora en el punto que más nos concierne en lo referido dentro del informe elaborado por la CNMC, ya que es éste el que versa sobre aspectos a señalar por la propia Comisión relativos directamente a cómo cambia el Derecho de la competencia en nuestro ordenamiento y la incidencia que puede tener estos cambios introducidos en la propia competencia.

El artículo 341.1, que se encuentra en el Libro III, del Derecho de la competencia, establece que acciones civiles se podrán interponer contra actos de competencia desleal y prácticas restrictivas³². No obstante, la redacción del texto genera imprecisiones a la hora de acordar cuando la CNMC tiene facultades de intervención en cuanto a las prácticas restrictivas de la competencia.

El primer punto donde la CNMC quiere poner el foco de atención es el de la legitimación activa por parte de los poderes públicos, empezando mencionando el artículo 341.2.2 del anteproyecto en el cual da legitimación a sujetos representativos o defensores de intereses ajenos³³ para poder ejercitar acciones contra los daños y perjuicios o enriquecimiento injusto, además, claro está, de la persona perjudicada de una manera directa.

Este aspecto que se refleja en el anteproyecto puede valorarse de una manera positiva ya que la propia LEC, en su artículo 11, ya reconoce la legitimación activa colectiva cuando se

³¹ Tal y como podemos ver en el art 60.3.b de la LDC

³² Este último punto supone una novedad con respecto a lo anteriormente legislado

³³ Conocida como legitimación activa colectiva

refiere a consumidores y usuarios, es pues, una transposición y el efecto de este artículo trasladado al Código de Comercio.

Pese a esto, cuando estamos hablando de entidades administrativas, ya sea estatal, autónomo o local³⁴, este punto genera una serie de efectos de dudosa conveniencia. Y es que el art 341.2.2, en su apartado c) legitimaría a la propia CNMC para interponer pretensiones civiles.

Esta legitimación a la que se le permite acceder a la CNMC no supondría, para la propia CNMC un daño a la aplicación pública del Derecho de la competencia, pero se considera necesaria una aclaración en la redacción y la consideración de ciertos aspectos reflejados por la CNMC.

Por otro lado, cabe aclarar que la actual Ley de Competencia Desleal, en su artículo 33³⁵, los poderes públicos podrían estar legitimados siempre y cuando actuaran defendiendo los intereses de consumidores y usuarios. No obstante, refiriéndonos a las prácticas restrictivas, la aplicación de una defensa por parte de los poderes públicos para preservar el interés general puede ocasionar un riesgo en tanto a que no se adecua de una manera óptima una adicional acción pública en un ámbito privado.

La doble vertiente de las acciones de carácter público, tanto el procedimiento administrativo sancionador como el procedimiento civil podría ocasionar una serie de riesgos de redundancia y descoordinación indeseables, tal y como observa la CNMC en su informe, por lo que la propia comisión recomienda suprimir o en todo caso reconsiderar este punto.

Otro aspecto a tener en cuenta es que se considera necesario la introducción de una cláusula que verse sobre los supuestos de legitimación colectiva sin que existe un perjuicio del deber de colaboración de las entidades públicas con la Autoridad de Defensa de la Competencia Nacional o autonómica que corresponda. Se ve pues necesario trasladar a la CNMC los hechos contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia para lograr el ansiado equilibrio entre acciones privadas contra las prácticas restrictivas y la tutela pública encargada a la Comisión.

³⁴ O incluso de otros Estados Miembros de la UE

³⁵ Referente a la legitimación activa para defender los intereses económicos que resulten perjudicados o amenazados por una conducta que se considere desleal.

La Administración Pública deberá actuar en base a los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos para proteger los intereses de los consumidores y usuarios del mercado, siendo necesario que a la hora de introducir una pretensión privada relativa a prácticas restrictivas de la competencia, no se espera a la activación del mecanismo de los artículos referidos en la LEC, con el fin de facilitar a la CNMC conocer sobre la práctica que se busca resarcir.

Para finalizar con el punto de la legitimación activa, la CNMC en su informe sugiere dejar remitir la regulación de la materia de competencia a la LEC con el fin de evitar imprecisiones debido a las diferencias existentes entre ambos textos legales. Se considera que la regulación conjunta de las acciones contra las prácticas restrictivas y las conductas desleales, al ser materias notablemente diferentes, pueden generar distorsiones muy importantes a la hora de conocer sobre la legitimación de estas acciones.

Nos disponemos a conocer ahora sobre la prescripción de las acciones privadas referentes a la competencia y la incompatibilidad con la normativa comunitaria.

La prescripción de las acciones contra actos desleales y prácticas restrictivas de la competencia se ven en el artículo 341.4 y establece un plazo general de prescripción de un año desde el momento en el que fuera posible ejercitar dicha acción y desde que el afectado tuvo conocimiento de los hechos. También se establece un plazo específico que será de tres años desde que finalice la conducta restrictiva o desleal. Si nos encontráramos en el caso de prácticas o conductas reiteradas, los plazos comenzarán a correr desde que no existiera una posibilidad de seguir con el acto.

Podemos ver claramente que lo anteriormente explicado genera una gran cantidad de dudas al no saber cuando el plazo será de uno o tres años, ya que no establece supuestos objetivos que nos lleven a hablar de un plazo u otro.

En cuanto a los actos de competencia desleal, actualmente, se computa el día de inicio de plazo desde que se tiene conocimiento de la conducta desleal.

Al introducir las prácticas restrictivas para ejercer estas acciones, nos dice la CNMC que no podemos olvidarnos de la Directiva que nos determinan las normas de las demandas por daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE, que data del año 2014 y está aún sin aprobar por el Consejo de Ministros de la UE, ya que en el artículo 10 de esta Directiva de Daños se establece un plazo mínimo de 5 años y una suspensión de un año mínimo desde la conclusión de la Autoridad. Es necesario pues, adecuar la legislación a lo establecido por la Directiva.

Por último en cuanto a las acciones de competencia desleal nos referimos, debemos poner el punto de vista en la publicación de sentencias estimatorias de competencia desleal contra el demandado.

Si nos fijamos en el artículo 32.2 de la actual LCD “2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.^a a 4.^a, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.”

Dicha previsión no se refleja en el anteproyecto, y ya que la aprobación del texto derogaría expresamente todo lo establecido en la LCD, nos quedaríamos sin acción expresa en la regulación de la publicación de la sentencia estimatoria de la acción a cargo del demandado, además de que dicha previsión tiene utilidad también a la hora de hablar de acciones por infracciones del Derecho de la competencia. En definitiva, la CNMC ve necesario incluir dicha previsión en el anteproyecto.

4.1.4 Cláusulas potencialmente anticompetitivas

Nos debemos situar previamente en lo expuesto unas hojas previas a este apartado en el punto que hablábamos del carácter dispositivo del anteproyecto del Código de Comercio. Desde este punto de partida, observamos que existen ciertas cláusulas, tales como las de no competencia o exclusiva, susceptibles de alterar el equilibrio de la competencia³⁶.

Pese a este riesgo, no queda claro que los riesgos sobre un efecto anticompetitivo no alcancen los beneficios en determinados supuestos, por lo que se debe atender a los principios fijados desde el ámbito comunitario.

Otro aspecto a valorar por la CNMC en su informe es el de los pactos de no competencia en cuanto a las cesiones de empresas se refiere, destacando los contratos de compraventa de empresas, arrendamientos y usufructos. Dejando al margen el hecho de una posible aplicación del derecho comunitario con el fin de tratar sobre las concentraciones, la remisión existente a las normas de competencia que contiene el anteproyecto agruparía tanto referencias temporales como materiales y territoriales.

³⁶ Tal y como podemos observar en el Reglamento de Defensa de la Competencia que excluye estas cláusulas de las conductas de menor importancia.

En cuanto a los posibles casos de conflictos de intereses³⁷, hay determinados supuestos en los que se prohíbe a socios y administradores competir con la empresa debido a su situación privilegiada que ostentan en cuanto al conocimiento interno de la situación empresarial se refiere.

Esta prohibición puede llevarnos a hablar de una afectación a la competencia en tanto que estos socios de las empresas pueden desarrollar una actividad similar que nos lleve a hablar de una reducción de la competencia intramarca³⁸.

En la actualidad si nos fijamos en nuestra legislación existen ciertos aspectos en cuanto a concentraciones se refiere que dejan la puerta abierta a ciertos actos en los que los socios podrán competir con su sociedad.

Por lo tanto, para poder restringir ciertos actos de socios³⁹, debemos acudir a los ámbitos objetivo y territoriales, además de tener cuenta el plazo establecido.

Así pues determinamos que las restricciones que una sociedad pueda imponer a sus socios no pueden gravar más a los socios que lo aplicable en las concentraciones, hablando así del ámbito geográfico (solo aplicables a la zona donde la sociedad ofrezca sus productos o servicios), limitando objetivamente la prohibición a los productos o servicios ofrecidos por la sociedad, mencionando los nuevos productos y servicios y dejando claro el territorio donde comercializará en casos de fusiones y estableciendo que cuando hablamos de empresas matrices no directamente vinculadas a la concentración no serán necesarias dichas cláusulas inhibitorias de la competencia.

Pasamos ahora a centrarnos en el precio de los contratos. El punto controvertido lo encontramos en que, al hablar el Libro IV sobre esto, señala que cuando éste quede a cargo de un tercero que no pueda o quiera determinar el precio, se entenderá “uno razonable”, pero no llegamos a entender que entendemos por un precio razonable.

Esta recomendación de precios razonables sería problemática en cuanto a que no respetan en una gran medida la fijación de precios deseable en el mercado, que es la oferta y la demanda en los mercados.

Estamos ante un término impreciso cuestionable desde el punto de vista competencial, debido a que, tal y como hemos mencionado previamente, un precio de mercado basado en

³⁷ Regulados en los arts 215.11, 221.25, 271.13 y 271.14.

³⁸ Relación de empresas que producen y distribuyen la misma marca.

³⁹ No entramos a valorar la participación o control del socio en la empresa

la oferta y la demanda se ajustaría en mayor grado a los requisitos de la competencia, evitando precios abusivos, tanto por lo alto como por lo bajo.

Analizando ahora las cláusulas de confidencialidad y exclusiva, ubicadas en los artículos 440.1 y 440.2, que refieren a obligaciones y contratos mercantiles, vemos que no se llega a precisar de una manera óptima, y en mayor medida hablando de las cláusulas de exclusividad, los efectos que puede tener el Derecho de la Competencia sobre dichas cláusulas, ya sea en materia de concentraciones como conductas. La CNMC recomienda alinear este precepto con lo anteriormente explicado en el punto de vista objetivo, territorial y temporal.

4.1.5 Contratos

Actualmente el CC se limita a regular los contratos mercantiles típicos. El Anteproyecto incluye un conjunto más amplio. La pega que encontramos al abrir el conjunto de contratos que regula el anteproyecto es que podemos caer en efectos anticompetitivos de una manera potencial, tales como los que nos disponemos a redactar:

-Contratos de difusión publicitaria

Redactados en el artículo 533.1, se determina este tipo de contrato como aquel que por medio de una contraprestación, un anunciante permite utilizar con medios publicitarios un espacio y tiempo determinados para lograr el resultado querido por la empresa contratante⁴⁰.

El riesgo aquí se encuentra en que dicho artículo se refiere a “contraprestación fijada en tarifas preestablecidas”, por lo que al poder fijar dichas tarifas la empresa publicitaria sin negociación de la empresa contratante. Sería considerable la eliminación del concepto de tarifas preestablecidas y que los precios surgieran de un acuerdo entre ambas partes del contrato de publicidad.

-Contrato de agencia

Los encontramos en los artículos 542.1 – 542.31.

⁴⁰ Como por ejemplo podemos ver en las vallas de publicidad situadas a lo largo de las carreteras

Cabe destacar que la normativa comunitaria ya delimita estos acuerdos. Es por esto que la CNMC en su informe considera la inclusión en el anteproyecto de que lo regulado se establezca sin perjuicio de la normativa sobre defensa de la competencia.

El derecho comunitario en este punto resalta como clave dos elementos, la independencia y la no asunción de riesgos. Es por esto que se puede dar el caso que contratos considerados típicos por el Código no lo sean desde el punto de vista comunitario, ya que desde el punto de vista del APL, se puede asumir por el agente el riesgo de las operaciones.

Una solución que propone la CNMC a este punto sería prevenir un punto en el que se salvaguardara la aplicación de la normativa de la competencia en la que los operadores económicos independientes cuando estos corran riesgos financieros o comerciales altos, en línea con la jurisprudencia existente comunitaria.

Se observan diferentes posibles inconvenientes surgidos a raíz de esta indeterminación conceptual:

-El primero es el caso en el cual dos operadores parte del contrato de agencia superen cuotas del 30% de mercado⁴¹ debido a que se podría habilitar el establecimiento de zonas exclusivas dependiendo del territorio o la clientela.

-Otro punto se daría cuando los operadores superasen el 10-15% de cuota, ya que existiría un pacto de no competencia una vez finalizado el contrato de agencia⁴².

-El último de los problemas que nos encontramos no tiene relación con las posibles cuotas de mercado de los operadores sino con la inadecuación al Derecho de la competencia de los artículos 542.7 y 542.21, en la medida que cuando los contratos sean indefinidos temporalmente o con plazo mayor a 5 años se da el caso de un pacto de no competencia que queda incluido ya sea implícitamente o no durante la vigencia del contrato, ya que el principal debe permitir al agente actuar por cuenta propia o ajena. Otra inadecuación la vemos en el 542.10.1 a), que nos dice que a la hora de fijar las tarifas el agente solo puede establecer un precio máximo de venta o recomendado⁴³.

⁴¹ Caso en el que existiría un riesgo de conflicto con el artículo 542.12.2 del APL

⁴² En base al artículo 542.20 APL

⁴³ Nunca un precio fijo o mínimo

-Contrato de seguro de decesos

En el seguro de decesos, regulado en el 583.30 APL, se posibilita la realización del servicio mediante medios diferentes a los ofrecidos por la entidad aseguradora, al redactar que “los consumidores y usuarios tendrán derecho a escoger libremente el prestador de servicios funerarios”⁴⁴.

A la vez se obliga a la aseguradora facilitar al cliente una serie de posibles prestadores de servicios funerarios para que estos puedan realizar su elección⁴⁵ en base a sus preferencias.

4.1.6 Competencia Desleal en el APL

Actualmente se entiende como comportamiento desleal todo acto que atente contra las normas reguladoras de la actividad concurrencial⁴⁶. En el artículo 322.13, concretamente en su segundo párrafo, nos dicen que será desleal la infracción de una norma jurídica cuyo objeto sea el de regular la actividad concurrencial. Son normas que prohíben o limitan el desarrollo de actividades competitivas en el marco del mercado con el fin de captar clientela o la relación con los proveedores (incluidas las normas sobre publicidad ilícita).

La CNMC aconseja eliminar la interpretación que se incluye y hablar solo de actividades que tengan una transcendencia en el mercado, debido a que las conductas que afectan pueden ser numerosas y de diferente naturaleza, ya que la acepción introducida en el APL parece restringir los posibles casos de competencia desleal.

De manera particular, el procedimiento por el cual se cambia de administrador en el suministro eléctrico, al requerir el visto bueno del cliente y garantizar la identidad de éste, requerirá un consentimiento expreso e inequívoco del consumidor. Es una obligación que se impone al suministrador de electricidad para buscar un equilibrio en las condiciones del mercado al influir en los cambios de suministro. Si se incumpliera dicho precepto, supondría una infracción de normas jurídicas y, por lo tanto, constitutivo de una conducta desleal.

⁴⁴ Punto equiparable al seguro de defensa jurídica, en el que el cliente podrá escoger pProcurador y Abogado para representar y defenderle en el procedimiento.

⁴⁵ S/0204/09 Seguros Decesos, cuestión planteada y pronunciada por la CNC

⁴⁶ Ar 15 LCD

4.1.7 Aspectos a tener en consideración

Final mente encontramos una serie de cuestiones incluidas en el APL en las que la CNMC pone en tela de juicio:

-Incremento en el capital mínimo de la SA.

En base al artículo 233.1 APL, el capital social mínimo requerido para la constitución de una Sociedad Anónima pasaría a ser de sesenta mil euros a justo el doble, ciento veinte mil.

Dicha subida no se justifica de una manera convincente, hecho por el cual la CNMC solicita que se ajuste a un control basado en la proporcionalidad, necesidad y mínima restricción debido a que se da una sensación de una voluntad de imponer barreras a los operadores del mercado a la hora de formar este tipo de sociedades.

-Códigos de conducta

Incluido en el artículo 350.1 APL, afecta en parte a la competencia debido a que establece una autorregulación entre los operadores del mercado al margen de la normativa.

Puede tener efectos negativos en la competencia en cuanto a que son los propios operadores los que están regulando su forma de actuar en el mercado, por lo que tienen la capacidad de imponer barreras de entrada o reducir la capacidad de aquellos operadores que ostenten un menor peso en el mercado.

Además, desde el punto de vista de los consumidores, no parece lógico que estos códigos de conducta no se encuentren regulados en el Libro III, al versar sobre la competencia.

-Asunción de deudas a la hora de transmitir las empresas

Contenido en el artículo 132.6, referente a la asunción de deudas, nos dicen que la empresa adquirente obtendrá también las deudas resultantes de la contabilidad y también aquellas pactadas por la empresa antes de la adquisición.⁴⁷

A su vez, este hecho puede ser origen de una serie de problemas en cuanto a multas por infracción de la competencia cuando la identidad de la empresa cambia en relación a la sancionada, por lo que se aconseja mencionar que todo lo establecido se regula sin perjuicio al Derecho de la competencia, tal y como podemos ver en el artículo 132.1 en casos laborales y concursales para sucesiones de empresas.

⁴⁷ Con el requisito de que la empresa adquirente debe de tener un conocimiento previo a la compra de la empresa como límite a esta imposición

-Contabilidad empresarial

En lo dispuesto referente al acceso a la documentación del empresario⁴⁸, se establece que la contabilidad, por norma general será secreta sin perjuicio de la ley. Pese a esto, en el punto 2 del artículo 151.8 se amplía este secreto a los libros, correspondencia y demás documentos empresariales y se redactan unos supuestos tasados en los que podrá darse la comunicación o reconocimiento de estos datos contables.

La CNMC ve necesario mantener la coherencia de que los libros y documentos contables, independientemente de su soporte, estén disponibles a la hora de la realización de las inspecciones por parte de las autoridades en cuanto a la competencia se refiere.

-Limitación de las penalizaciones por violar los compromisos de permanencia

En la disposición final quinta del APL se modifica la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y es que en su punto Cuarto se establece que la penalización por baja previa a la finalización de los contratos debe ser proporcional al número de días en los que se quebrante el compromiso de permanencia.

Esta cuestión debe valorarse de una manera positiva, en tanto en cuanto busca defender penas proporcionales a la corrección del contrato, y no una pena superior para los casos en los que el período de contrato no respetado es menor.

Estos casos podemos verlos de una forma clara en los contratos de permanencia de las compañías móviles, las cuales establecen una penalización X por la finalización de contrato previa a lo establecido, independientemente del período de contrato que se deja de cumplir.

⁴⁸ Art 151.8 APL



BIBLIOGRAFIA

Informe sobre el anteproyecto de Ley del Código Mercantil IPN/DP/0010/14

BELLO MARTÍN-CRESPO, MARÍA PILAR; COSTAS COMESAÑAS, JULIO; GARCÍA CACHAFEIRA, FERNANDO; RODRÍGUEZ MÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO- THOMSON REUTERS-ARANZADI (2009)- “Derecho de la libre competencia comunitario y español”

LEÑANENA, ELENA- THOMSON REUTERS-ARANZADI (2012)- “Defensa de la Competencia”

MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO- MARCIAL PONS (2005)- “La modernización del derecho de la competencia en España y en la unión Europea”

MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO- BROSETA PONS (2017)- “Manual de Derecho Mercantil”

Boletín oficial de las Cortes Generales 1 de junio de 2018 Núm.23-1 Proyecto de Ley de Secretos Empresariales

http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-23-1.PDF

<http://www.buenosnegocios.com/notas/340-6-barreras-entrada-que-pueden-frenar-tu-emprendimiento>

https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE001-05_Practicas_concertadas_concientemente_paralelas-Brokelmann.pdf

<http://dle.rae.es/?id=7jpYEK7>

https://elpais.com/economia/2016/09/09/actualidad/1473436695_913926.html

<http://www.lavanguardia.com/tecnologia/20170914/431282618556/iphone-x-sorpresa-procesador-precio-potencia-galaxy-s8-galaxy-note-8-xiaomi-mi-mix-2-lg-v30.html>

<http://www.lavanguardia.com/tecnologia/20171026/431605228450/10-telefonos-mas-vendidos-espana-2017-smartphones.html>

<http://www.panneluss.com/la-guerra-del-pan-y-sus-consecuencias/>

<http://www.elmundo.es/cronica/2016/03/05/56d09b47ca474194028b46a8.html>

<http://www.europapress.es/economia/noticia-cnmc-multa-endesa-iberdrola-gas-natural-viesgo-contratos-consentimiento-varios-clientes-20170309090028.html>

<http://blog.bancsabadell.com/2012/12/fase-final-fusion-banco-cam-banco-sabadell.html>

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ttce.p3t7.html

https://europa.eu/european-union/topics/competition_es

<http://www.tuabogadodefensor.com/competencia-desleal>

<https://propiedadintelectualhoy.com/2012/02/10/derecho-de-autor-y-originalidad-y-iii-que-opina-el-tribunal-supremo>

<http://www.snabogados.com/blog/competencia-desleal-violacion-de-normas/>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32005L0029>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A132011>

