



Universidad de Valladolid

**Facultad de Ciencias
Económicas y Empresariales**

Trabajo de Fin de Grado

**Grado en Administración y Dirección
de Empresas**

**La violación de normas en
competencia desleal**

Presentado por:

Patricia López Martín

Tutelado por:

Benjamín Peñas Moyano

Valladolid, 24 de julio de 2019

ÍNDICE

RESUMEN	4
ABSTRACT	5
1. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA.....	6
2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL.....	7
2.1. La competencia desleal en el mercado	7
3. ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL	9
3.1. Ley de competencia desleal: cláusula <<general>> y cláusulas <<especiales>> de actos de competencia desleal	9
3.2. La violación de normas como acto de competencia desleal	11
3.3. Circunstancias determinantes de la deslealtad.....	16
3.3.1. Normas que no tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial	17
3.3.2. Normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial.....	19
4. GRUPOS DE CASOS SOBRE LA INFRACCIÓN DE NORMAS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD CONCURRENCIAL	22
4.1. Limitación de normas en un determinado sector	22
4.2. Regulación del acceso a la profesión o al ejercicio de una actividad económica	23
4.3. Normas que prohíben una estrategia competitiva concreta.....	24
4.3.1. Normas reguladoras de los precios.....	25
4.3.2. Normas reguladoras de la publicidad	27
4.4. En defensa de la competencia.....	30
4.5. Regulación de mercados liberalizados	32
4.6. Contratación pública	33
5. SENTENCIAS	34
6. CONCLUSIONES	41
7. BIBLIOGRAFÍA Y OTROS MATERIALES EMPLEADOS	45

RESUMEN

En la actualidad muchas entidades incumplen normas que tienen que ver con la situación competitiva en el mercado. Por esta razón, surge un acto de competencia desleal; sin embargo, para caracterizarlo como tal, este ha de desarrollarse en el mercado y tener fines concurrenciales.

Justamente, se tratará la cláusula <<especial>> de la violación de normas. Su regulación se encuentra en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal (LCD), en donde se reflejan tres supuestos que se caracterizan por ser actos desleales; no obstante, a lo largo de este trabajo se van a desarrollar los dos primeros apartados, y no se abarcará el tercer apartado porque trata temas laborales.

Se comprueba como las empresas que infringen la normativa consiguen un ahorro de costes y unos mayores beneficios, por esta razón el mercado no funciona correctamente.

El trabajo está compuesto de dos partes, una primera que abarca los fundamentos teóricos, y una segunda en donde se analizan sentencias de distintos órganos.

Palabras clave: Competencia desleal; Mercado; Fines concurrenciales; Violación de normas

Clasificación JEL:

K20: Generalidades

K21: Derecho de la Competencia

K42: Conducta ilegal y aplicación de la ley

ABSTRACT

At present, many entities fail to comply with rules that have to do with the competitive situation in the market. For this reason, an act of unfair competition arises; however, to characterize it as such, it must be developed in the market and have concurrent purposes.

The clause <<especial>> of the violation of norms will be dealt with. Its regulation is found in article 15 of the Law of Unfair Competition (LCD), which reflects three assumptions that are characterized as unfair acts, however, throughout this work will develop the first two sections, and will not cover the third section because it deals with labor issues.

It can be seen how companies that infringe the regulations achieve cost savings and higher profits, and for this reason the market does not function properly.

The work is made up of two parts, a first part that covers the theoretical foundations, and a second part in which the sentences of different organs are analysed.

Keywords: Unfair competition; Market, Concurrent purposes; Breach of rules

JEL codes:

K20: General

K21: Competition Law

K42: Illegal Conduct and Law Enforcement

1. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA

El grado de Administración y Dirección de Empresas, al igual que el resto de grados, ha de concluir con la elaboración de un trabajo de fin de grado. Es aquí donde se muestran todos los conocimientos adquiridos por parte del alumno sobre el tema en cuestión.

Escogí este tema debido a la asignatura de Derecho Mercantil II que se cursa en el segundo cuatrimestre del segundo curso. El tutor consiguió causarme un gran interés sobre el Derecho Mercantil, pero como es una asignatura que trata aspectos de manera global, consideré que sería interesante profundizar sobre algunas de las cláusulas <<especiales>> de competencia desleal.

De entre todos los casos posibles, seleccioné la violación de normas porque considero que es un tema que se da frecuentemente en la práctica, pero debido a su desconocimiento, no se tiende a calificarlo como acto de competencia desleal.

El objetivo principal de este trabajo es mostrar en qué consiste la violación de normas; qué circunstancias han de llevarse a cabo para que se considere acto desleal por violación de normas, mostrando las diferencias que existen entre las normas concurrenciales y las no concurrenciales. Y por último, estudiar distintas sentencias, de forma que se compruebe como algunas de ellas infringen el artículo 15 de la LCD.

Se pretende que la parte que se encuentra en una situación de inferioridad en el mercado, conozca los casos en los que se está produciendo un acto desleal por violación de normas, y gracias a ese conocimiento, sea capaz de acudir al órgano correspondiente que demuestre que el demandante está en lo cierto.

Respecto a la metodología, el trabajo se divide en dos grandes partes. La primera de ellas abarca los fundamentos teóricos, se ha consultado la bibliografía necesaria para abordar el tema en cuestión. A lo largo del trabajo se tratan tres aspectos: delimitación de la competencia desleal, en concreto la competencia desleal en el mercado; los actos de competencia desleal que existen, desarrollando la <<cláusula general>> y las <<cláusulas especiales>>; y en la última parte de este primer bloque, se estudia el supuesto especial de la violación de normas, en donde se explican las causas que delimitan la deslealtad en el

caso de normas concurrenciales y de normas no concurrenciales; y de estas últimas se realizará una clasificación según los casos más frecuentes.

La segunda parte consiste en la puesta en práctica de la teoría desarrollada en el apartado anterior. Por lo tanto se han extraído de la base de datos seis sentencias, de las cuales dos de ellas provienen Tribunal Supremo y el resto de Audiencias Provinciales.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL

2.1. La competencia desleal en el mercado

Para el tratamiento de la competencia desleal se parte del art. 38 ¹ de la Constitución Española de 1987, en donde se reconoce el derecho de libertad de empresa en una economía de mercado. Este supuesto muestra que en la actualidad la actividad económica y empresarial depende de los particulares, por lo que cada uno de ellos puede dar comienzo a una actividad empresarial², desarrollar sus funciones y abandonar la actividad cuando sea necesario. En efecto, todo empresario tiene el derecho de acceder al mercado actuando libremente en él, y ha de competir en el mismo ofreciendo los bienes y servicios que considere más oportunos para atraer a los consumidores y usuarios.

Se podrá menoscabar a otros empresarios, si dichos perjuicios se llevan a cabo dentro de los parámetros de la Ley y sin perjudicar al mercado. Los parámetros consisten en actuar con base al principio de la buena fe, así como de llevar a cabo la actividad acorde al Derecho.

En realidad, la competencia desleal es aquella que se produce sin respetar los comportamientos del mercado, y perjudica a la competencia sin llegar a excluirla. Es aquí donde del principio de libertad de empresa da paso al principio de libertad de competir.

Históricamente, las normas que prohíben la competencia desleal, surgieron con el fin de proteger a los empresarios frente a actuaciones agresivas provenientes de otros usuarios con los que competían directamente. No obstante, en la

¹ Artículo 38 de la Constitución: "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 (Broseta Pont & Martínez Sanz, 2018): *Manual de Derecho Mercantil*, pág. 200

actualidad las normas sobre competencia desleal, mantienen la denominación histórica previamente mencionada, y no solo protegen a los competidores frente a actuaciones poco correctas, sino que imponen a quienes participan con sus ofertas en el mercado la obligación de actuar correctamente, de tal forma que se pueda beneficiar a todos los participantes (art. 1 de la LCD).

La regulación vigente contra la competencia desleal se encuentra en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Constituyó un avance fundamental para la regulación de la materia, pues hasta entonces este sector carecía de regulación³.

Esta Ley ha sido modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se mejora el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad. Esta modificación resulta tan importante, que parece razonable referirnos a ella como la Ley de Competencia Desleal vigente hasta la fecha.

Añadir que muchos de los actos de competencia desleal se realizan a través de la actividad publicitaria, entendida esta como cualquier forma de comunicación realizada por un operador económico con el fin de promover la contratación de los bienes o servicios que ofrece el mercado.

Por ello, junto a la LCD hay que tener en cuenta lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Esta norma padecía grandes diferencias con la LCD vigente en esa época, y no fue hasta la entrada de la Ley 29/2009 hasta que se introdujeron mecanismos de coordinación entre ambas normas⁴, para así evitar duplicidades.

Centrándonos en la Ley de Competencia desleal, se ha de considerar el art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, donde se refiere al *Falseamiento de la libre competencia por actos desleales*. En este caso, la Comisión de Defensa de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, conocerán las conductas prohibidas que por falsear la libre competencia afectan al interés público. Estas pueden llegar a ser sancionadas como conducta prohibida⁵.

³ (Broseta Pont & Martínez Sanz, 2018), pág. 201

⁴ (Broseta Pont & Martínez Sanz, 2018), pág. 201

⁵ En referencia a esto último, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en la forma en la que pueden constituir actos de competencia desleal.

A pesar de todo, la defensa de los actos que distorsionan la libre competencia afectando al interés público⁶, es realizada por parte de la Administración Pública. Por su parte, los actos de competencia desleal de la LCD atribuyen su defensa a los particulares, protegiendo sus intereses mediante las acciones civiles que sean necesarias; intereses que han de tenerse en cuenta en la elaboración de las normas, como en su interpretación y aplicación⁷.

Con todo ello, nuestra Constitución también vela por la protección de los consumidores, relacionándolos a su vez con la protección del sistema competitivo. El consumidor se encuentra en una situación de inferioridad e indefensión, por este motivo no son capaces de ejercer el papel que les corresponde dentro del sistema competitivo. Ciertamente es que su actuación es fundamental en las relaciones económicas, puesto que es el consumidor el que determina el éxito de los competidores, razón por la que su función es primordial para que el sistema funcione correctamente.

Por tanto, la finalidad de la Ley de Competencia Desleal se muestra en su primer artículo, donde se establece la protección de la competencia de todos los partícipes del mercado, prohibiendo los actos de competencia desleal. Refiriéndose al **ámbito objetivo** en su artículo segundo, el cual establece que tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales⁸. En el art. 3 de la LCD se hace referencia al **ámbito subjetivo**, determinando que será aplicable para toda persona, física o jurídica, que participe en el mercado. Se comprueba como desde la aplicación de la Ley 29/2009, se suprime toda las referencias al ámbito territorial⁹.

3. ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

3.1. Ley de competencia desleal: cláusula <<general>> y cláusulas <<especiales>> de actos de competencia desleal

⁶ (Bercovitz, 2018): *Apuntes de Derecho Mercantil*, pág. 401

⁷ Tal y como se muestra en el capítulo de (Peñas, 2008): *La violación de normas concurrenciales y no concurrenciales como actos de competencia desleal*, pág.212

⁸ *Será concurrencial cuando el acto sea adecuado para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias de un tercero.*

⁹ (Broseta Pont & Martínez Sanz, 2018), pág. 202

La Ley 29/2009 de Competencia Desleal, establece en su cuarto artículo una doble <<cláusula general>> sobre los actos de competencia desleal. En parte mantiene lo que se establecía en la LCD de 1991, en donde se *considera desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de buena fe*, pero a esta cláusula general se le ha añadido una nueva cláusula general para los comportamientos que afecten a consumidores y usuarios.

En este último caso, se entenderá que no respeta el principio de buena fe cuando coexistan dos requisitos acumulativos: el primero de ellos es que ha de *resultar contrario a la diligencia personal que le es exigible en sus relaciones con los consumidores; y el segundo de ellos es que distorsione o sea susceptible de distorsionar de manera significativa del comportamiento del consumidor medio o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica*¹⁰.

Cierto es que con la cláusula general del art. 4 de la LCD no se tiene en cuenta la intencionalidad del agente, de forma que no se necesitan pruebas sobre la intención que ha tenido el agente para dañar a otro operador económico, ni si quiera se tiene en cuenta la deslealtad de la conducta, ni el atentar contra el principio de buena fe, para que el acto se categorice como desleal.

Por tanto, en el momento que exista una conducta que <<objetivamente>> resulte contraria a la diligencia profesional exigible, y consecuentemente, distorsione el comportamiento del consumidor medio, se produce el acto de competencia desleal¹¹.

Tal y como se ha comentado previamente, tras la reforma legislativa, el art. 4 LCD añade una disposición sobre las prácticas que son susceptibles de afectar a grupos de consumidores o usuarios que se encuentren en una situación de inferioridad, debido a su discapacidad, capacidad de comprensión, edad o credulidad. Tras la reforma, se busca alcanzar un correcto funcionamiento del tráfico económico y del mercado. En realidad, este añadido ha surgido gracias a la Directiva 2005/29/CE, de tal forma que esta ampliación y reordenación¹² de los intereses está presente a lo largo de todos los preceptos de la ley.

En efecto, la cláusula general se concreta en unas prácticas comerciales clasificadas como desleales, y por tanto están prohibidas. Su regulación se

¹⁰ (Broseta Pont & Martínez Sanz, 2018) , pág. 201

¹¹ Así lo indica (Broseta Pont & Martínez Sanz, 2018), pág. 202

¹² Tal y como se explica en (Broseta Pont & Martínez Sanz, 2018), pág. 204

encuentra en los artículos 5 y ss. de la LCD; no obstante, tras la reforma que supuso la Ley 29/2009, se optó por regular de forma separada los *actos de competencia desleal* (arts. 5 a 18 de la LCD), en esta categoría se incluyen también los actos contrarios al interés general; y las *prácticas comerciales con consumidores y usuarios* (arts.19 a 31 de la LCD)¹³.

Esta técnica en la que se combina la cláusula general junto con supuestos concretos, ha tenido una valoración positiva por parte de la doctrina científica. Son varias las causas que permiten esta consideración positiva, entre las cuales se encuentran la recogida de todos los casos que han tenido un papel más relevante, tanto a nivel económico como social, haciendo que el legislador pueda comprobar la auténtica realidad del mercado. La unión de dichas técnicas hace que se otorgue una mayor certeza a la materia de competencia desleal.

Otra de las causas se localiza en el carácter genérico que caracteriza a la <<cláusula general>>, por esta razón los operadores han de llevar a cabo un comportamiento leal en el mercado, además se permite incluir comportamientos incorrectos que no se han previsto como un supuesto concreto, pudiendo tratarse de situaciones actuales o futuras. Por ello, la premisa de la buena fe¹⁴ opera con carácter valorativo, y dará cabida a la posibilidad de construcción de supuestos distintos a los establecidos en los artículos 5 y ss.

Además, si un acto de competencia desleal no está recogido dentro de los supuestos específicos de la LCD, pero viola la cláusula general, tendrá la consideración de desleal. Ciertamente es que muchos de los supuestos específicos provienen de la LCD 1991; no obstante, tras la LCD 2009 se añade un tratamiento concreto para las prácticas desleales que afectan a los consumidores o usuarios¹⁵.

3.2. La violación de normas como acto de competencia desleal

En concreto se va a desarrollar la <<cláusula especial>> contenida en el artículo 15 de la LCD, conocida como <<violación de normas>>.

¹³ (Broseta Pont & Martínez Sanz, 2018), pág. 202

¹⁴ *Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.*

¹⁵ (Bercovitz, 2018), pág. 427

Este caso reúne tres preceptos vinculados, únicamente, por la infracción de las normas jurídicas¹⁶, logrando que estas últimas alcancen una mayor fuerza. De esta forma se busca competir con base a las obligaciones legales correspondientes.

Cierto es que este artículo, a través de sus tres apartados, busca conseguir unos objetivos, siendo los mismos: hacer frente a la economía sumergida; garantizar la igualdad de condiciones de acceso y de actuación en el mercado; y evitar un trato discriminatorio entre los operadores, este último objetivo se desarrollará con mayor detalle en la página siguiente.

En suma, la finalidad de este artículo es velar por la *par conditio concurrentium*, es así como se deja en un segundo plano la vigilancia de la transparencia del mercado. Esta última se consigue mediante la competencia efectiva en el mismo. Se recuerda que la libre competencia permite que todos los operadores que desempeñen su actividad en el mercado, tengan el deber de respetar las normas jurídicas que les afecten, pero en caso de que algún o algunos de los competidores incumplan la normativa, disfrutarían de una posición ventajosa respecto al resto, dando lugar a diferencias en la situación competitiva de las empresas concurrentes¹⁷.

Todo ello justifica que el incumplimiento de normas, en concreto las que tienen que ver con la situación competitiva en el mercado, dan lugar a un supuesto de competencia desleal. No obstante, tal y como se ha mencionado, para que cada práctica tenga la consideración de acto desleal, se tiene que realizar en el mercado, es decir, tener virtualidad externa¹⁸; y con fines concurrenciales.

En efecto, el artículo 15 de la LCD refleja tres supuestos de violación de normas caracterizados por ser actos desleales, en gran parte se debe a que esta Ley no prevé circunstancias concretas para considerar las prácticas lícitas, además, como tienen la capacidad para incidir en la actuación de los participantes del mercado se diría que son actos de deslealtad frente al mercado, razón por la que el mercado no funciona correctamente. Con la prohibición de los actos se pretende alcanzar un mercado con competencia libre y no falseada¹⁹.

¹⁶ (Peñas, 2008), pág. 217

¹⁷ (Bercovitz, 2018), pág. 448

¹⁸ (Peñas, 2008), pág. 217

¹⁹ (Bercovitz, 2018), pág. 322

En efecto, aquellos operadores que cumplen con la normativa del Derecho han de asumir unos mayores gastos económicos, esto refleja un incremento en los precios de los productos o servicios que se ofrecen en el mercado; sin embargo, los agentes económicos que no cumplen con la normativa obtienen una ventaja competitiva respecto de los primeros, es por ello por lo que surge el art. 15 LCD. Algunos de los gastos más característicos son las obligaciones fiscales, el pago a la Seguridad Social, normativas sobre seguridad e higiene, reglamentaciones medio ambientales, normas sanitarias, licencias administrativas, etc.

Cierto es que este artículo puede dar cabida a dudas interpretativas, tal y como se había previsto con anterioridad. Estas dudas han de resolverse en los Tribunales de Justicia, y en concreto, la mayor parte de los casos son resueltos por el Tribunal Supremo (TS)²⁰. Este organismo se encarga de interpretar y aplicar las fuentes de nuestro Ordenamiento Jurídico, y no se puede olvidar la función de la doctrina científica, en donde muchas de las argumentaciones sobre la cuestión del acto de competencia desleal han sido adoptadas por el Poder Judicial²¹.

Por otra parte, los artículos primero y segundo del art. 15 LCD se refieren a la infracción de normas jurídicas²²; sin embargo, los actos administrativos pierden eficacia cuando se aplican en uno o varios casos concretos, no se catalogarían por la <<generalidad>> de las normas jurídicas.

Por último se ha de mencionar la calificación por parte del TS sobre la deslealtad causada por una norma jurídica, supone un *ilícito distinto al de la legalidad de la actuación*, al mismo tiempo la sanción que se establece no tiene nada que ver con la prevista en la norma vulnerada²³. Por ello, no existe prejudicialidad ni vinculación del juez civil por la calificación que las autoridades administrativas hayan realizado sobre los hechos conocidos en el marco de su competencia²⁴.

Ni que decir tiene, que la doctrina científica considera que hay que interpretar de manera estricta y cautelosa los supuestos calificados como acto de competencia

²⁰ Tal y como se refiere (Peñas, 2008), en su pág. 219

²¹ (Peñas, 2008), pág. 219

²² Así lo considera (Broseta Pont & Martínez Sanz, 2018), pág. 209; y (Peñas, 2008), pág. 219

²³ Así se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 304/2017 de 17 de mayo, pág. 12

²⁴ (Peñas, 2008), pág. 220

desleal. Esto mismo se ha de aplicar en los supuestos de violación de normas, justificado con base al principio de libertad de empresa²⁵.

Con todo esto, se va a proceder a analizar cada apartado. Según el primer apartado del artículo 15 *Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.*

Este precepto hace referencia la violación de normas cuyo objeto es la ordenación de la competencia, de forma que se trata de normas cuyo objeto no es la regulación de la actividad concurrencial. Por ello, comprobamos que la caracterización de desleal no tiene que ver con la infracción, sino con la concurrencia de ciertas circunstancias, siendo las mismas: la existencia de una infracción de leyes; el infractor obtiene gracias a la infracción una ventaja competitiva; dicha ventaja ha de ser significativa; y el infractor ha de prevalerse en el mercado de la ventaja significativa²⁶.

Esta redacción genérica puede implicar ciertos riesgos de generalización y banalización de la prohibición; no obstante, este apartado da cabida a una amplia interpretación.

Por otro lado, el art. 15.2 LCD, se refiere a la infracción de normas jurídicas cuyo objeto sea la regulación de la actividad concurrencial. En este caso, la simple infracción de las normas reguladoras de la competencia conlleva *per se* a la deslealtad, de forma que no se necesita que el infractor se haya prevalido en el mercado de la ventaja conseguida²⁷. Sin embargo, este apartado no es una concreción de primero, sino que se trata de un ilícito tipificado en la Ley de Competencia Desleal.

Se puede ver como el primer apartado se refiere a la infracción de <<leyes>>, con esta concreción se pretende evitar la deslealtad en las normas dispuestas en órdenes ministeriales, decretos, ordenanzas municipales, etc. También se ha de tener en cuenta la diferencia que existe en este apartado comparado con el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en donde las normas relevantes se refieren como <<Ley>> y <<disposiciones generales relevantes>>. Sin embargo, lo más destacable es que la deslealtad no se basa en un hecho

²⁵ De esta manera lo explica (Peñas, 2008)

²⁶ (Bercovitz, 2018), pág. 448

²⁷ Así lo indica (Bercovitz, 2018), pág. 450

formal, sino que radica en un dato material. En concreto consiste en aprovecharse de una ventaja significativa adquirida a través de la violación de la norma, y en una situación de defensa de la *par conditio concurrentium*, es obligatorio no discriminar en el juicio que merece el falseamiento de la competencia económica, independientemente de cuál sea el rango de la norma violada²⁸.

Por tanto el artículo 15 engloba la infracción de normas jurídicas que se caracterizan por su imperatividad, generalidad y coercibilidad²⁹; *lo que posibilita la inclusión de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-ley y decretos legislativos, decretos, órdenes acordadas por comisiones delegadas del gobierno, órdenes ministeriales, otras disposiciones de autoridades y órganos inferiores como las circulares del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las ordenanzas y reglamentos de las identidades locales, los estatutos generales y particulares de las corporaciones profesionales, los convenios colectivos, y la normativa análoga dictada por cada Comunidad Autónoma*³⁰.

A mayores de las disposiciones imperativas que se han citado, se han de considerar normas jurídicas los deberes impuestos por estas disposiciones que dan lugar a una carga, es decir, solo surge un perjuicio económico al agente económico que incumple el deber³¹, en la medida que su imposición pretende la protección de terceros que se encuentran en una situación de inferioridad, por tanto se pretende favorecer las relaciones con terceros en el mercado.

Otro aspecto que el art. 15.2 de la LCD enjuicia como supuesto de violación, consiste en la conculcación de los derechos cuya atribución constituye un mecanismo de tutela de los intereses generales, como ocurre en el caso de las concesiones generales. A través de la legislación se pretende proteger a los agentes económicos que participen en el mercado relevante, y compitan contra un infractor de la concesión, o incluso contra el propio concesionario cuando su conducta no se rijan a los términos establecidos.

²⁸ Tal y como explica (Carbajo, 2001): *Artículo 15. Violación de normas*, pág. 435

²⁹ Así se indica en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, núm. 247/2016 de 15 de septiembre, en su págs. 6-7

³⁰ Literalmente, (Carbajo, 2001), pág. 435

³¹ Así lo señala (Carbajo, 2001), pág. 435

Por otro lado, no se consideran normas jurídicas encuadradas en el artículo 15 de la LCD, las obligaciones nacidas del contrato³²; las establecidas entre partes en el cuerpo del contrato; las que surgen como consecuencia de la aplicación de una previsión legal que integra el contenido obligacional de un contrato; los preceptos que determinan el contenido y ámbito de los derechos subjetivos conferidos por el ordenamiento a particulares, puesto que la infracción de los mismos no tiene efectos sobre las relaciones económicas en el mercado que justifiquen que se está produciendo un acto desleal.

Estos dos primeros apartados presuponen la infracción de una norma jurídica de Derecho positivo³³, por lo que para calificar un acto como desleal se comprueba al detalle la infracción de la norma³⁴. El trámite se agiliza en los problemas obvios gracias a que no existe en este ámbito ni prejudicialidad, ni vinculación del juez debido a la calificación de los hechos por parte de las autoridades administrativas³⁵. No obstante, se ha de tener precaución cuando se califiquen supuestos dudosos, en donde no exista una resolución que declare la legalidad de la infracción.

Con respecto a la tercera parte de la sentencia se trata de un supuesto muy concreto y especial, en la que dice que *“se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería”*, esta temática no se abordará, sólo mencionar que a través de esta conducta se violan normas jurídicas laborales, y se califica como desleal si esta actuación se lleva a cabo en el mercado con fines concurrenciales³⁶. El objetivo de este precepto es evitar que los empresarios obtengan una posición ventajosa en el mercado de forma injusta.

3.3. Circunstancias determinantes de la deslealtad

El art. 15 de la LCD muestra dos hipótesis diferenciando entre normas cuyo objeto es la regulación de la actividad concurrencial, y normas que no tienen ese objeto.

³² Tal y como establece el artículo 1.091 del CC. En este caso las normas no implican un alcance general, característica que se requiere para calificarlas como normas jurídicas.

³³ En donde se explica la norma jurídica y el ordenamiento jurídico (Sanchez Moron, 2005), pág.2

³⁴ Así lo establece la Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia núm. 298/2014 de 17 de septiembre, pág. 9

³⁵ (Carbajo, 2001), pág. 438

³⁶ Tal y como indica (Peñas, 2008), pág. 213

Se entiende por actividad concurrencial como aquellas acciones que son capaces de modelar tanto la estructura del mercado (atribución de monopolios y sistemas de licencias restringidas), como las estrategias y conductas concurrenciales de los agentes económicos que desarrollan su actividad en el mercado (predeterminación del contenido de la oferta, limitación de las prácticas de promoción de ventas. etc.), siendo su objetivo la difusión de las prestaciones independientemente de cual sea su fin político-legal³⁷.

Esta clasificación surge debido a que la contravención de una norma no tiene por qué conllevar consigo un comportamiento desleal. En cambio, esto no se cumple cuando se vulnera una norma que regula una actividad concurrencial. En este caso, al modificar el comportamiento normal del mercado³⁸, surge un acto de competencia desleal. Recordar que se puede modificar el comportamiento mediante la obtención de una ventaja competitiva ilegal, o a través de la alteración de las condiciones del mercado³⁹.

Por otra parte, en ninguno de los dos casos del artículo 15 LCD, es necesario que el agente económico sea consciente de que está infringiendo una norma con el fin de obtener una ventaja competitiva⁴⁰, para que se considere acto desleal. Debido al tratamiento específico que se da en cada caso, es necesario referirse a ambas hipótesis explicando sus perfiles y precisando los regímenes aplicables.

3.3.1. Normas que no tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial

La infracción de normas cuyo objeto no consiste en la regulación de la actividad concurrencial no constituye *per se* un acto de competencia desleal⁴¹. Sin embargo, en el momento que la infracción de una norma trae consigo una ventaja competitiva significativa⁴², y el infractor se beneficia de la misma, se produce un acto de competencia desleal.

³⁷ Así es como lo define (Carbajo, 2001), pág. 438

³⁸ (Emparanza, 2009): *Artículo 15. Violación de normas, en Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, pág. 261

³⁹ (Carbajo, 2001), pág. 439

⁴⁰ Tal y como se indica en (Carbajo, 2001), pág. 439

⁴¹ De esta forma lo define (Emparanza, 2009), pág. 261

⁴² Así se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 304/2017 de 17 de mayo, pág. 14

En primer lugar, la persona que infringe la norma mejora su posición competitiva en el mercado respecto del resto de participantes, esta ventaja no hubiera sido posible sino se hubiera infringido disposición legal tratada. Además la prestación que ofrece el infractor de la norma se caracteriza por ser más atractiva que la de los rivales; en definitiva, estos últimos buscan estrategias que puedan neutralizar la infracción, para conseguirlo tendrán que reducir sus precios o incrementar la eficiencia de sus prestaciones⁴³.

Para poder encuadrar en cada momento el supuesto dentro del artículo 15 de la LCD, es condición necesaria que exista una relación de causalidad entre la violación de normas y la obtención de la ventaja competitiva; sin embargo, no se necesita que la ventaja se aprecie de manera directa en el ámbito en donde se produce la infracción⁴⁴.

A mayores de que se produzca la ventaja competitiva, se necesita en segundo lugar, que dicha ventaja sea significativa respecto del resto de competidores para que se considere acto de competencia desleal. De esta forma, se quiere evitar que se encuadre en esta norma los asuntos que no sean tan relevantes como para afectar a la posición de infracción del mercado, por esta razón, la ventaja ha de causar en los competidores la realización de una serie de esfuerzos con el fin de neutralizar la posición ventajosa por parte del infractor⁴⁵.

No es una cuestión sencilla la delimitación de este nivel, por lo que se debe de estudiar minuciosamente cada caso para concluir si la infracción legal conlleva a una ventaja competitiva significativa. Por tanto, el impago de impuestos de actividades económicas, o del permiso o licencia administrativa no genera una ventaja competitiva, la razón se debe a que el ahorro de costes que conlleva no afecta de forma significativa al mercado competitivo⁴⁶. No obstante, si una licencia conlleva elevados costes y requiere de una normativa compleja, se consideraría acto desleal porque el infractor estaría obteniendo una ventaja competitiva.

Se ha extendido que en el momento que surge una infracción sistemática de la norma, la ventaja adquirida es significativa, ya que por lo general, cuando se

⁴³ (Carbajo, 2001), pág. 439

⁴⁴ Así lo señala (Carbajo, 2001), págs. 439-440

⁴⁵ (Massaguer, 1999), pág. 440

⁴⁶ Tal y como indica (Emparanza, 2009), pág.261

produce una infracción aislada no da paso a una ventaja considerable⁴⁷. Por otra parte, cuando se produzca una infracción no sistemática, se analizará al infractor, en concreto, al potencial adquirido para desviar la clientela al resto de los operadores económico, comprobando así la existencia de la ventaja competitiva⁴⁸.

De manera excepcional, si se viola una norma y se genera una ventaja significativa, no se considera acto de competencia desleal si el incumplimiento se produce de forma generalizada entre todos los competidores. En este caso el mercado no se ve afectado por esta esta contravención, y este incumplimiento solo supondrá ciertas sanciones administrativas⁴⁹. Ciertamente es difícil que se produzca esta situación en la práctica.

En tercer y último lugar, para que la infracción genere una ventaja competitiva significativa se necesita que se produzcan efectos sobre la *par condicio concurrentium*. Para ello el infractor se ha de beneficiar del ahorro de costes⁵⁰, mejorando sus condiciones de venta del producto en el mercado, esta mejora puede ocasionarse en términos de tiempo, en términos financieros o puede posibilitar la violación de normas⁵¹. Esto no sucede cuando el ahorro de costes es utilizado para mejorar su patrimonio personal, en este caso no se modifica la posición competitiva de los operadores, y por tanto, no tendría efectos sobre la *par condicio concurrentium*.

3.3.2. Normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial

El segundo apartado del artículo 15 regula la infracción de las normas concurrenciales, el cual dice que *Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*.

El objetivo de este artículo es salvaguardar el funcionamiento eficiente del mercado⁵². En definitiva, se quiere asegurar que los competidores sean capaces de ofrecer sus servicios o productos mediante sus propios méritos, sin que

⁴⁷ (Alfaro, 1999): *Competencia desleal*, págs. 708-709

⁴⁸ (Emparanza, 2009), pág. 262

⁴⁹ Así (Soler, 2002): *Infracción de normas*, pág. 204

⁵⁰ Se indica en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, núm. 76/2010 de 22 de febrero, en sus pág. 3

⁵¹ Así lo indica (Carbajo, 2001), pág. 440

⁵² Así (Carbajo, 2001), pág. 441

aparezcan otros operadores económicos que sean capaces de alcanzar una posición privilegiada en el mercado, como consecuencia de la infracción de normas reguladoras de la actividad concurrencial⁵³. Así pues, la mayor parte de las veces estos incumplimientos alteran la *par condicio concurrentium*.

La tipificación de este supuesto añade un mayor rigor, eficacia y severidad⁵⁴ a los mecanismos sancionadores, reforzando así la prevención de su incumplimiento. La causa de esta tipificación tiene que ver con la existencia de normas que se orientan siguiendo una dirección distinta a los principios establecidos en la Ley de Competencia Desleal.

La vulneración de normas reguladoras de la actividad concurrencial constituye *per se* un acto desleal⁵⁵, lo que tiene su explicación en que *presume que la infracción de una norma reguladora de la actividad concurrencial, genera una ventaja competitiva significativa y el prevalecimiento de la misma por parte de quien las ha vulnerado*⁵⁶.

En estos casos, el infractor mejora su situación competitiva encontrándose aventajado respecto del resto de competidores. Por esta razón, los operadores económicos que se encuentran en una situación de inferioridad, tienen que reajustar su conducta a través de una serie de estrategias o prácticas de carácter general.

La ventaja competitiva se desarrolla en un ámbito determinado, es por lo que el prevalecimiento de la ventaja competitiva es consustancial a la infracción de la misma⁵⁷, provocando que la ventaja se proyecte en las relaciones con los competidores.

Por otra parte, este régimen es relativo porque se puede demostrar que aun produciéndose la violación de la norma, esta no genera una ventaja competitiva. Esta situación se origina cuando se ocasionan incumplimientos generalizados de la norma en cuestión; o cuando la ventaja que se ha logrado mediante el incumplimiento, muestra que no posee la identidad suficiente para alterar de forma perceptible las condiciones de competencia en el mercado⁵⁸. Lo normal es

⁵³ (Peñas, 2008), pág. 223

⁵⁴ Tal y como indica (Carbajo, 2001), pág. 441

⁵⁵ Así (Carbajo, 2001), pág. 441

⁵⁶ Literalmente (Massaguer, 1999), pág. 441

⁵⁷ (Bercovitz, 2018), pág. 448

⁵⁸ Tal y como indica (Emparanza, 2009), pág. 260

que el mercado se encuentren los oferentes y los demandantes compitiendo con base a su propia eficiencia.

Para que se produzca la admisión del incumplimiento generalizado, se ha de comprobar que mediante actos desleales se ha conseguido una ventaja competitiva de la que el infractor se ha aprovechado, es decir, se busca proteger a los agentes económicos de la situación de inferioridad en la que se encuentran cuando el infractor realiza un comportamiento ilegal⁵⁹. Haciendo referencia a esto mismo, añadir que se ha de tener cuidado a la hora de su valoración, concretamente se ha de prestar mayor atención a su existencia y, de forma más precisa, a los sectores de negocio que puedan servir como alternativa al sector en donde tiene lugar el incumplimiento⁶⁰. Las circunstancias son mayores cuando se comprueba con facilidad, que el incumplimiento generalizado afecta tanto a los intereses de los infractores como a los intereses de terceros, incidiendo en estos últimos de manera negativa.

Si los intereses de terceros tienen carácter concurrencial, a pesar de la generalización de su incumplimiento, la violación de normas se considera acto de competencia desleal tal y como lo establece el art. 15.2. de la LCD⁶¹.

Ahora bien, el art. 15.2 LCD hace referencia a la infracción de <<normas jurídicas>>, y no a <<leyes>>; por tanto, no ha supuesto ningún problema sobre el rango de las reglas jurídicas violadas que se ha desarrollado con anterioridad. No obstante, este apartado ha dado lugar a una amplia interpretación acerca de la *simple infracción de las normas jurídicas*, concluyendo que lo que se ha de considerar es el contenido de la norma infringida; así pues, si la infracción de la norma concurrencial no implica ninguna ventaja competitiva, no se considera desleal porque no supone la finalidad concurrencial⁶².

Se recuerda que la finalidad concurrencial es un requisito necesario que ha de darse en todo comportamiento desleal, salvo ciertas excepciones que se observan en el art.2 de la LCD⁶³.

Es indiferente si con la infracción se pretende garantizar un correcto funcionamiento del mercado, pero al vulnerar las normas que regulan un

⁵⁹ Así lo explica (Carbajo, 2001), pág. 442

⁶⁰ (Carbajo, 2001), pág. 442

⁶¹ Tal y como explica (Carbajo, 2001), pág. 443

⁶² (Peñas, 2008), pág. 223

⁶³ Tal y como señala (Peñas, 2008), pág. 223

determinado sector⁶⁴, se afecta de manera directa sobre la forma en la que los operadores ejercen su actividad, dando lugar a un acto de competencia desleal. Para concretar más sobre qué normas abarca la regulación de la actividad concurrencial se van a analizar a continuación una serie de casos.

4. GRUPOS DE CASOS SOBRE LA INFRACCIÓN DE NORMAS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD CONCURRENCIAL

4.1. Limitación de normas en un determinado sector

En este grupo se encuentran aquellos supuestos en los que el legislador ha limitado que se desarrolle la libre competencia en un sector concreto⁶⁵. Se ha de aplicar el principio de la *par conditio concurrentium* conforme lo que establece la legislación, de forma que se ofrecen las mismas oportunidades a todos los agentes económicos que busquen desarrollar una actividad concreta. Esto posibilita que ciertas empresas gocen de un régimen especial si cumplen las exigencias de la actividad concurrencial. Por esta razón, se encuentran dentro de este régimen determinados monopolios naturales y concesiones administrativas. Cualquier operador no puede acceder a estas actividades, tan sólo podrán hacerlo aquellos que cumplan previamente unas condiciones, y posteriormente, se les haya concedido la concesión.

En caso de incumplirse las reglas previstas sin seguir las normas del juego, se produce un acto de competencia desleal por violación de normas⁶⁶.

El abanico de ejemplos que encuadramos dentro de este supuesto es amplísimo, siendo algunos de ellos la concesión de servicios públicos de agua, servicio de limpieza, transporte público, etc. Ciertamente es que cada vez se incluyen menos actividades en este supuesto gracias a la liberalización de servicios que se ha producido en esta última época⁶⁷.

Las ventajas que aporta la aplicación del artículo 15 a este supuesto son varias, entre ellas nos encontramos la garantía acerca del nivel de calidad de las prestaciones ofrecidas al público en general⁶⁸; no se produce una alteración del

⁶⁴ (Emparanza, 2009), pág. 263

⁶⁵ Tal y como explica (Emparanza, 2009), pág. 265

⁶⁶ (Peñas, 2008), pág. 222

⁶⁷ Así lo indica (Emparanza, 2009), pág. 265

⁶⁸ (Soler, 2002), pág. 196

funcionamiento del mercado porque solo aquellos los operadores que han obtenido la concesión; y se evitan posibles prejuicios en el mercado ocasionadas por el incumplimiento de las reglas⁶⁹.

4.2. Regulación del acceso a la profesión o al ejercicio de una actividad económica

Existen ciertas profesiones o actividades económicas que tienen un carácter peculiar, así pues, se consideró que necesitaban normas que regulasen el acceso a los mismos, estableciendo así unas barreras de entrada⁷⁰.

Con esto se busca conocer a aquellos miembros que desarrollan una actividad o servicio profesional sin cumplir la regulación, o sin poseer la licencia o autorización necesaria, siendo su objetivo el acceder a dicho mercado o la realización de la actividad económica. Las situaciones en las que nos lo podemos encontrar son personas que desempeñan una actividad profesional sin reunir los requisitos legales necesarios, o agentes económicos que están desempeñando su actividad sin contar con las autoridades administrativas imprescindibles para el desempeño de la misma⁷¹. En estos casos se estaría produciendo un acto de competencia desleal.

La jurisprudencia nos muestra como no es fácil determinar cuándo se produce una infracción de normas de este tipo, por ello se tiende a no calificarlo como acto desleal.

Las normas que regulan el acceso a mercados de determinadas actividades profesionales se han reflejado en sus estatutos, en ellos se busca la igualdad⁷². Estos no cuentan con una ley formal que sea capaz de limitar el acceso al mercado, no obstante, esta situación ha cambiado gracias a la imposición de medidas liberalizadoras.

En el caso de los Colegios Profesionales, su modificación legislativa ha supuesto que sus estatutos han de aprobarse mediante Decreto Ley. Por esta razón, su incumplimiento daría lugar a un acto de competencia desleal, ya que la persona que les vulnera obtiene una ventaja significativa respecto del resto.

⁶⁹ Así (Emparanza, 2009), pág. 265

⁷⁰ Tal y como indica (Emparanza, 2009), pág. 266

⁷¹ (Emparanza, 2009), pág. 266

⁷² (Carbajo, 2001), pág. 444

Pero el problema no desaparece del todo. En el caso de las disposiciones corporativas, no cuentan con reglas que sirvan de control del acceso al mercado profesional, sino que disponen de normas deontológicas, códigos internos de buenas conductas, reglamentos internos, acuerdos de órganos corporativos, circulares, etc. En estos casos la duda surge sobre si la violación de normas, puesto que limitan el acceso a un mercado concreto, tiene la consideración de acto de competencia desleal.

En el caso de los Colegios Profesionales, en principio, no cuentan con la capacidad suficiente para imponer medidas que tengan la capacidad de restringir la libertad de los particulares, esto conlleva a que es casi imposible que puedan limitar las condiciones en las que se prestan los servicios profesionales⁷³. En efecto, estas normas de carácter secundario que establecen los Colegios Profesionales, no afectan a los particulares, por lo que su infracción no se considera acto de competencia desleal.

Relacionado con esta cuestión, se debe mencionar un caso peculiar. Se trata de los horarios de apertura de farmacias fijadas por el correspondiente Colegio Profesional. Debido a que no se puede categorizar como ley formal, se llega a la conclusión de que su inobservancia no se considera acto desleal por violación de normas⁷⁴.

Gran parte de las sentencias jurídicas de este grupo no se consideran acto de competencia desleal porque su objeto directo no es la regulación de la actividad concurrencial. Para que su objeto fuera este, la coligación debería de realizarse por una autoridad con potestad mercantil; así pues, las relaciones que existen, o pueden existir, entre el Colegio Profesional y sus colegiados, pretenden conciliar sus intereses profesionales, y no regular la actividad concurrencial⁷⁵.

4.3. Normas que prohíben una estrategia competitiva concreta

Este grupo ha surgido porque el ordenamiento considera que existen normas que restringen la actividad comercial de los operadores económicos, esta

⁷³ (Massaguer, 1999): *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, pág. 448

⁷⁴ (Emparanza, 2009), pág. 267

⁷⁵ (Fernandez Gabriel, 2007): *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia*, pág. 982

limitación provoca que no se ofrezca a los consumidores actuaciones o estrategias más atractivas.

Estamos hablando de normas que afectan de forma directa al modo en el que los operadores desarrollan su actividad comercial. Para alcanzar este objetivo, se implantan unos límites que han de cumplir obligatoriamente todos aquellos agentes económicos que pretenden desarrollar su actividad en un mercado en concreto, o también, para aquellos agentes que quieren ofertar un producto mediante publicidad específica. Seguidamente se muestran dos tipos.

4.3.1. Normas reguladoras de los precios

Existen ciertos sectores en donde el legislador ha considerado adecuado establecer que, determinados bienes o servicios, se oferten por un precio mínimo.

Las razones de establecer un precio de venta son la protección de los intereses de los autores; o por intereses generales, en donde se recomienda la fijación de un precio en concreto. Se ha fundamentar el porqué de cada fijación de precios, de forma que ha de registrarse legalmente el motivo de cada tratamiento exclusivo⁷⁶.

Dentro de este grupo, se pueden diferenciar distintos casos. El primero de ellos es los precios y descuentos máximos que pueden practicar en la venta de libros; no obstante, se sigue un tratamiento distinto si se trata de la venta de libros no universitarios.

El RD 484/1990 de 30 de marzo, sobre el precio de venta al público de los libros, considera un acto desleal la violación de las normas que regulan el precio de la venta de los libros, ya que la persona que infringe la normativa obtiene una ventaja competitiva, tal y como se establece en el artículo 15 de la LCD. Además la infracción perjudica a la regulación que protege los derechos de propiedad intelectual del autor.

Cuando se trata de la venta de libros no universitarios, contemplando el Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgente de intensificación de la competencia; analizándolo junto con la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, se observa en su noveno artículo la existencia de

⁷⁶ (Emparanza, 2009), pág. 269

un precio fijo para los libros, que debido a su inobservancia, sigue constituyendo un supuesto de competencia desleal⁷⁷. No obstante, cuando se trate de libros de texto y material didáctico dirigido para los cursos de Educación Primaria y Secundaria obligatoria, cuentan con la excepción a la norma y por tanto no están sometidos al régimen de precio fijo. Por ello, esta clase de libros puede ofertarse a un precio de venta distinto al que determine el distribuidor, de forma que el comportamiento no se considera acto desleal por violación de normas.

Por otra parte, también se encuentra el supuesto de la venta de libros con regalo de un vale canjeable o con premio. En un primer momento la jurisprudencia calificaba este acto como desleal por violación de norma, pero esta apreciación cambia con la STS de 30 de octubre de 2002, por lo que desde ese momento, como no es realmente una rebaja del precio, esta práctica no tiene la calificación de desleal⁷⁸. Por esta razón, no se puede analizar la venta de libros con un regalo de un vale canjeable o premio desde la perspectiva del derecho de la competencia desleal.

Ciertamente, la norma prohíbe la rebaja o descuento en los libros de texto, y lo sigue haciendo en los libros en general; pero lo que no se puede es impedir otras prácticas competitivas que consistan en descuentos en otros productos, o en obsequiar con regalos cuando se efectúa la compra de un libro.

En segundo lugar, la norma considera desleal la conducta que incumpla la norma de los <<precios autorizados>>⁷⁹. Se necesita que su cuantificación, y especialmente su modificación, sea controlada por un organismo competente de la Administración Pública. En el caso de que se vulnere la norma que los regule se consideraría acto desleal por violación de normas⁸⁰.

En la actualidad, debido a la progresiva liberalización de la economía española, son cada vez menos los casos que se encuentran de precios autorizados. Algunos de los ejemplos que encontramos hoy en día son el precio del agua, el precio de los productos farmacéuticos, precio de correos, precio público de ciertos transportes, etc.

⁷⁷ Tal y como indica (Emparanza, 2009), pág. 269

⁷⁸ (Emparanza, 2009), págs. 269-270

⁷⁹ Así (Emparanza, 2009), pág. 270

⁸⁰ (Massaguer, 1999), pág. 451

4.3.2. Normas reguladoras de la publicidad

Se busca que el fin de las normas que corrigen la publicidad de los productos o servicios ofertados sea la transparencia en el mercado. Por tanto, se han de desarrollar las conductas publicitarias de manera que los interesados conozcan las condiciones en las que se ofrece el producto o servicio en el mercado⁸¹.

Dentro de este caso, hay que referirse a la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988, así como las normas de productos concretos (bebidas alcohólicas, servicios financieros...).

En el momento en el que se infringe una norma publicitaria que regula la actividad concurrencial, en la manera en la que regulan la promoción de actividades y prestaciones que limitan las estrategias de comunicación con el público objetivo⁸², surge un acto de competencia desleal. Esto se debe porque el infractor publicita productos propios o ajenos sin someterse a los límites legales, de forma que restringe la actuación de resto de operadores económicos. No obstante, la infracción puede suponer a mayores sanciones penales y/o administrativas⁸³.

4.3.2.1. Publicidad indirecta

Existen determinados sectores que cuentan con restricciones muy concretas; así pues, para que el público siga recordando el producto o servicio, se intenta que se muestre o venda de forma más atractiva. En estos casos se emplean distintas estrategias de comunicación, como el uso de signos característicos de cada producto o servicio sin llegar a mencionarlo como tal; o la aplicación de signos relacionados con los productos o servicios distintos de los que se usaban tradicionalmente, y gracias a los cuales los productos o servicios eran reconocidos por los compradores habituales⁸⁴.

Por otra parte, dichas prácticas publicitarias pueden considerarse ilícitas⁸⁵, y por ello se estaría produciendo un acto de competencia desleal por violación de

⁸¹ Así (Emparanza, 2009), pág. 270

⁸² (Emparanza, 2009), pág. 271

⁸³ Tal y como indica (Emparanza, 2009), pág. 271

⁸⁴ (Carbajo, 2001), pág. 457

⁸⁵ Es importante considerar la conexión que existe entre el mensaje y el producto o servicio, así como la situación del mercado en donde se produce la infracción, así lo indica (Carbajo, 2001) en sus págs. 458-459

normas, en la manera en la que consideren la publicidad indirecta⁸⁶. Se entiende por publicidad indirecta como aquella comunicación publicitaria, en donde no se nombra ni enseña el producto o servicio cuya publicidad está prohibida o limitada a mostrarlo en un medio de comunicación, aunque en este caso, esta publicidad se desarrolla con el fin de que los consumidores sean capaces de asociar el producto con la marca, nombre comercial, eslogan, logo o símbolo distintivo.

Cuando se produce un supuesto de publicidad ilícita, y posteriormente, surge el acto de competencia desleal debido a la finalidad concurrencial del mismo, se han de incluir aquellas empresas que sin estar directamente relacionadas con la producción o comercialización del producto, incluyen publicidad a través de la cual los compradores son capaces de asociarla con el producto o servicio. En estos casos no es necesario que se produzca una infracción de derechos de propiedad industrial, o de confusión o aprovechamiento indebido de la reputación ajena desleales⁸⁷.

Respecto a lo explicado anteriormente, añadir que existen algunos sectores que de entrada se prohíbe el uso de la publicidad indirecta, encontrando el ejemplo en la publicidad en televisión del tabaco, y de determinados fármacos o medicamentos.

4.3.2.2. *Publicidad corporativa*

Se entiende por publicidad corporativa como aquella que se apoya en una estrategia, mediante la cual se refuerza la imagen de marca con el objetivo de promover su nombre, imagen, actividad (industrial o comercial) o reputación en su público objetivo y en los medios de comunicación. En efecto, gracias a la promoción de todo lo que se ha indicado anteriormente, se consigue una actividad favorable hacia la empresa que se publicita⁸⁸.

En ningún caso se puede limitar al anunciante a usar este tipo de publicidad; no obstante, en el momento que los destinatarios relacionan el signo corporativo empleado con un producto o servicio determinado, cuya publicidad está prohibida o limitada en el medio de comunicación empleado, perderá el carácter

⁸⁶ Así (Carbajo, 2001), pág. 457

⁸⁷ (Carbajo, 2001), pág. 458

⁸⁸ Así lo indica (Thompson, 2006): *La publicidad corporativa*

de publicidad corporativa y pasará a considerarse publicidad indirecta⁸⁹, y en consecuencia, publicidad ilícita.

Con la publicidad corporativa se pretende que se dé a conocer la imagen de la empresa⁹⁰, y se genere una actitud positiva entre el público objetivo. Por otra parte, se busca conseguir que el público no centre su atención en ciertos productos, porque mediante esta publicidad se quiere dar a conocer las actividades, prestaciones y establecimientos del anunciante. No obstante, no vale justificar la conducta desleal alegando que la empresa desarrolla otros productos de publicidad no prohibida, por tanto no se permite anunciar lo prohibido y lo permitido de forma conjunta.

Dentro de esta categorización se ha de mencionar la modalidad publicitaria del patrocinio⁹¹. Se encuentra regulado en el artículo 22 de la Ley General de Publicidad, y a no ser que alguna empresa dedicada a producción o comercialización de productos o servicios de publicidad prohibida o limitada, establezca alguna norma publicitaria especial, si se dan lugar las condiciones citadas previamente en la publicidad corporativa, se podría calificar como publicidad indirecta, y por tanto, como publicidad ilícita según como establece el artículo 3 de la Ley General de Publicidad. De esta forma tendría la consideración de acto de competencia desleal según el artículo 15.2 de la LCD⁹².

En la práctica, el patrocinio se vuelve reprochable⁹³ cuando se produce la confusión entre el patrocinador y el productor de un bien prohibido o que está sometido a unos límites. No obstante, en el resto de casos se considera que existe patrocinio y no publicidad indirecta, cuando el mensaje difundido no busca promover la contratación del producto publicitado. Así mismo, existen determinadas circunstancias que excluyen la confusión, como ocurre con el uso de distintos lemas o eslóganes para el producto en cuestión, o la falta de elementos o expresiones que estimulen la compra del producto.

⁸⁹ Así (Carbajo, 2001), pág. 260

⁹⁰ (Carbajo, 2001), pág. 260

⁹¹ Tal y como indica (Carbajo, 2001), pág. 261

⁹² Así lo indica (Kluwer, s.f.)

⁹³ Así (Carbajo, 2001), pág. 461

4.3.2.3. Publicidad sobre nuevos productos o servicios

Se considera adecuado tratar a la comercialización de un nuevo producto o servicio como publicidad ilícita. En estos casos, debe de existir una relación directa e inmediata entre el signo distintivo de los productos o servicios cuya publicidad se encuentra limitada o prohibida, y unos productos o servicios a los que no les afecta esa limitación o prohibición⁹⁴.

En el momento de calificar este supuesto, se ha de mostrar una atención especial a que el mismo se ajusta al derecho de empresarios y profesiones en la extensión del ámbito de desarrollo de sus productos o servicios, la reorientación de sus estrategias y al aprovechamiento de competitividad que aporta su signo distintivo⁹⁵.

Por consiguiente, en los supuestos en donde se sustituye el producto o servicio prohibido o limitado por otro que no lo está, o en los casos en donde se produzca una diversificación, desde el punto de vista empresarial, del producto o servicio⁹⁶; no se considera que existe una defraudación de la prohibición o limitación, y en consecuencia no se produce un acto de competencia desleal por violación de normas.

Por tanto, previo al lanzamiento del producto o servicio, se aconseja realizar una investigación de mercado⁹⁷. De esta manera se estimará el volumen de producción necesario para atender a la demanda esperada con base de estudios de mercados realizados, se hará una previsión de los puntos necesarios de venta, se identificarán los lemas o logos, se analizarán las campañas publicitarias con el objetivo de que no coincidan, etc.

4.4. En defensa de la competencia

En este grupo se encuentran aquellos supuestos que violan la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, es decir, aquellos supuestos en donde se infringen las normas reguladoras de la competencia⁹⁸.

Se entiende que la violación de estas normas se considera acto de competencia desleal puesto que se trata de una norma que regula la competencia, y por tanto,

⁹⁴ Así (Carbajo, 2001), pág. 461

⁹⁵ (Carbajo, 2001), pág. 461

⁹⁶ Tales casos nos indica (Carbajo, 2001) en sus págs. 461-462

⁹⁷ (Carbajo, 2001), pág. 462

⁹⁸ Así (Emparanza, 2009), pág. 271

el infractor obtiene una ventaja competitiva en comparación con el resto al no cumplir las reglas de juego del mercado establecidas por el legislador. Se busca que en el mercado se lleven a cabo operaciones y actividades libres, transparentes y eficientes⁹⁹

Este caso sirve para que ciertas prácticas anticompetitivas se sometan a un doble control, es por ello por lo que pueden censurarse dentro del marco de la Ley de la Defensa de la Competencia, y a su vez pueden someterse a la Ley de Competencia desleal. Se puede comprobar cómo las prácticas colusorias están sometidas a este doble dispositivo de control, tal y como se establece en el segundo apartado del artículo 15.

Esta opción se usó con frecuencia en la normativa previa de defensa de la competencia, ya que en la derogada ley de 1989, el agente económico afectado por la conducta colusoria solo podía acudir al Tribunal de Defensa de la Competencia para requerir el cese de ese acto, sin que tuviera ninguna posibilidad para el trámite pasara directamente a los tribunales de justicia¹⁰⁰. En estos casos, la persona perjudicada por la conducta colusoria se ha referido al artículo 15.2º de la LCD, alegando la posibilidad de aplicar la doble legislación. En primer lugar se trata de una conducta ilícita desde una perspectiva *antitrust*, y en segundo lugar, desde la vía judicial y de forma más directa, se puede solicitar la indemnización por daños y perjuicios que han surgido tras la práctica colusoria¹⁰¹.

Lo cierto es que aun existiendo otras vías posibles de reclamación, se ha optado por encuadrar el supuesto de las prácticas colusorias dentro de este precepto. En efecto, desde el RD-Ley 9/2017, de 26 de Mayo, de la transposición de directivas de la UE en ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre desplazamiento de trabajadores, se da paso a una serie de modificaciones en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, en donde se añade un nuevo Título VI: *De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia*.

A partir de esa modificación, para que una conducta sea colusoria se necesita que se produzca una restricción, impedimento o falseamiento de la competencia

⁹⁹ (Emparanza, 2009), pág. 271

¹⁰⁰ Así (Emparanza, 2009), pág. 271

¹⁰¹ Tal y como señala (Emparanza, 2009), pág. 271

en todo o parte del mercado nacional, tal y como establece el art. 1 de la LCD. Para calificarlo como práctica colusoria no se necesita que se dé el resultado del acto, ni se requiere la voluntad de las personas que han llevado a cabo dicha práctica. Sólo se necesita que se surja la posibilidad de producirse el daño¹⁰².

4.5. Regulación de mercados liberalizados

El principio de igualdad de los competidores se aplica en la regulación de los mercados liberalizados, en dicha normativa se hace referencia a su dimensiones estructural y funcional.

Respecto de su dimensión estructural, no debe de olvidarse la capacidad con la que cuentan los poderes públicos para determinar las condiciones de acceso a dichos mercados, teniendo en consideración que los competidores de los sectores actuales deben de permanecer en el mismo. Algunos de los sectores en los que se puede apreciar este aspecto, son el mercado de la navegación aérea, el mercado de las telecomunicaciones, el mercado de radio y televisión, y el mercado de servicios postales¹⁰³.

Antiguamente, existían ciertos mercados que gozaban de una posición de dominio, cierto es que hoy en día alguno de ellos sigue manteniendo esta ventaja. Así pues, se han aplicado medidas de control con el objetivo de impedir o suprimir las barreras de entrada que los operadores tuvieran, de esta forma se posibilita que nuevos agentes cuenten con la oportunidad de acceder a los mercados.

Si se hace referencia a los competidores que operan en los mercados liberalizados, se ha de prestar especial atención a la publicidad y concurrencia de las licitaciones, con la regulación se pretende no discriminar a ningún candidato por su condición de persona física o jurídica.

Por otro lado, se ha prestado especial atención al sector de las telecomunicaciones, en concreto a las campañas de publicidad del objeto en cuestión. En este sector, la publicidad ha de regirse a las normas de libre competencia, sin originar barreras artificiales de entrada ocasionadas por unos gastos de publicidad excesivos, por esta razón pretenden fidelizar a sus clientes.

¹⁰² Tal y como se indica en (Iberley, s.f.), págs. 1-2

¹⁰³ Estos sectores se pueden ver explicados con mayor detalle en el *Artículo 15. Violación de normas* de (Carbajo, 2001), en sus págs. 465-466.

No obstante, ante esta situación las empresas competidoras tienen que asumir más riesgos de los habituales.

Por tanto, si se violan las disposiciones reguladoras del comportamiento concurrencial de los operadores que desarrollan su actividad en un mercado liberalizado, se produce un acto de competencia desleal, tal y como se puede comprobar en el artículo 15. 2 de la LCD. Esta calificación es independiente de la caracterización que le corresponda dentro del plano administrativo¹⁰⁴.

4.6. Contratación pública

La Administración Pública puede acudir al mercado para adquirir bienes o servicios, es por ello por lo que está sometida a la legislativa referida al Derecho de la competencia, y sus prácticas o actuaciones se han de adaptar constantemente al marco normativo constitucional y a los principios de interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE), y de igualdad y tratamiento objetivo de contratistas (arts. 14 y 103.1 CE)¹⁰⁵. En efecto, en este caso se acude al mercado con el objetivo de demandar servicios, por ello han de considerar la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de las Sector Público.

La normativa muestra que las Administraciones Públicas han de cumplir con el procedimiento legal de adjudicación de contratos, este aspecto se refleja en los artículos 131 a 155 de la mencionada ley de contratación. En parte, dicho procedimiento se debe a la discrecionalidad que caracteriza a las Administraciones Públicas acerca de la valoración de las ofertas, siendo este un motivo por el cual su cumplimiento es obligatorio.

La ordenación normativa de estos contratos (artículos 192 a 202 de la Ley 9/2017), y la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales (artículos 121 a 130 de la Ley 9/2017), forman parte del tratamiento común aplicable a los contratistas.

Se puede comprobar como la legislación de las Administraciones Públicas, se trata de una actividad concurrencial en donde se establecen limitaciones de aprovisionamiento de los bienes y servicios a la Administración, a la vez que se

¹⁰⁴ (Carbajo, 2001), pág. 247

¹⁰⁵ (Carbajo, 2001), pág. 247

establece igualdad de trato para todos los proveedores, tal y como se ha citado anteriormente.

Cierto es que es un tanto difícil que la Administración obtenga una venta competitiva mediante la infracción de las normas; sin embargo, esto puede no darse cuando la Administración o sus organismos ofrezcan junto con un tercero sus bienes o servicios. De todos modos, cabe mencionar que la finalidad concurrencial supone promover y asegurar las prestaciones propias, y también las prestaciones de terceros.

En el caso de infracción de las normas, es fácil conseguir la ventaja competitiva. En realidad este resultado se consigue mediante la ruptura de la *par conditio concurrentium*¹⁰⁶ vigente en esta materia, provocada por la inobservancia de las normas reguladoras de la actividad de la Administración, en un ámbito que se encuentra sometido a las exigencias de la competencia económica¹⁰⁷.

Por tanto, en el momento que la Administración Pública incumple la igualdad de trato y las normas reguladoras de la contratación pública, se está infringiendo la norma que se encuentra en la Ley 9/2017, y a su vez surge un acto de competencia desleal por violar la norma que regula la competencia.

5. SENTENCIAS

En esta segunda parte, una vez desarrollados los fundamentos teóricos, se escogieron de la base de datos de Aranzadi un total de seis sentencias, correspondiendo dos de ellas al Tribunal Supremo y el resto provienen de Audiencias Provinciales.

Con la idea de analizar casos que se encuentren regulados por la legislación vigente, el periodo temporal elegido ha sido esta última década. Seguidamente se procede al análisis de los mismos.

RJ/2017/2229. Sentencia núm. 304/2017 de 17 de mayo, del Tribunal Supremo

¹⁰⁶ Así se indica en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, núm. 247/2016 de 15 de septiembre, pág. 6

¹⁰⁷ (Carbajo, 2001), pág. 268

Hechos: Desarrollos Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L. (en lo sucesivo, Grupo Codere), interpuso demanda de competencia desleal contra Rational Entertainment Enterprises Limited y Reel Spain PLC.

El Grupo Codere, alegaba que las demandadas ofrecían servicios online de juegos de azar y apuestas a consumidores ubicados en territorio español. Justificaban que estos juegos estaban prohibidos en España, a excepción de aquellas empresas que hubieran sido aprobadas por la administración competente, y contaran con la autorización correspondiente. Pero este requisito no lo cumplía la empresa demandada.

Doctrina judicial: una de las conductas desleales que se imputan a las demandadas consiste en la violación de normas; así, su regulación se encuentra en el art. 15.2 de la LCD. Este apartado, pretende reprimir los efectos perjudiciales que tienen lugar cuando se infringen las normas por parte de los competidores.

Para que la conducta se califique como desleal es necesario la infracción de la norma concurrencial, y además, se valoran las circunstancias que concurren en el mercado en el que se produce la infracción. Para ello, se comprueba si la infracción ha servido para conseguir una ventaja competitiva significativa, de la que se han beneficiado alguna de las empresas concurrentes en el mercado.

Fallo: no existe acto de competencia desleal por violación de normas. En este caso las entidades demandadas, al ofertar el juego online en España, no se han prevalido de una ventaja competitiva significativa que haya alterado la *par conditio concurrentium*.

Únicamente, el Grupo Codere, optó por una línea más tradicional de negocio que con el tiempo resultó ser menos rentable.

Clasificación por la deslealtad por violación de normas: en este caso el objetivo que se busca es la difusión de las prestaciones en el mercado, en concreto se ofrecen servicios online de juegos de azar y apuestas, por esta razón se trata de un supuesto cuyo objeto es la regulación de la actividad concurrencial. Por otra

parte, si lo ubicamos dentro de los grupos de casos citados, se ubica en la regulación al ejercicio de una actividad económica.

RJ/2013/7424. Sentencia núm. 526/2013 de septiembre, del Tribunal Supremo

Hechos: Gremi de Llibreters de Barcelona i Catalunya, la Confederació de Comerç y doña Camila, interpusieron demanda contra Abacus Sociedad Cooperativa Catalana Limitada. Las demandantes alegaron que la sociedad demandada vendía libros con un descuento superior al permitido por ley. Así pues, llegó a ofrecer un descuento del 15%, siendo el porcentaje máximo a aplicar del 5%.

Doctrina judicial: en principio, con la Ley del libro anterior, la sociedad demandada, al tratarse de un mayorista que entregaba bienes a sus socios, no tenía el deber de respetar un precio fijo; sin embargo, esto se modificó con la entrada de la nueva ley. A partir de esta fecha, la sociedad demandada estaba obligada a respetar el precio fijo. Se comprometió a cumplirlo, pese a ello, la demandada siguió con su anterior práctica.

Se muestra como el supuesto descrito infringe el art. 15 de la LCD. En efecto, la empresa demanda, mediante la infracción de las leyes, se ha prevalido en el mercado de una ventaja significativa competitiva.

Fallo: se produce un acto de competencia desleal por violación de normas, debido a que la empresa demandada aplica a sus socios un descuento superior al permitido. Por consiguiente, la actuación que realiza la empresa demandada infringe el art. 15.1 de la LCD.

Se solicitó el cese de la actividad ilícita, y la retirada de todos los medios publicitarios en los que se haya materializado la violación.

Clasificación de la deslealtad por la violación de normas: se trata de un supuesto cuyo objeto no es la regulación de la actividad concurrencial. Se recuerda que en estos casos la infracción de la norma no constituye *per se* un acto de

competencia desleal, sino que han comprobarse los requisitos del artículo 15.1 de la LCD para que se califique como acto desleal por violación de normas.

JUR/2010/145899. Sentencia núm. 76/2010 de 22 de febrero, de la Audiencia Provincial de Oviedo.

Hechos: el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria del Principado de Asturias demandó a Doña Salvadora, porque si bien desde hace tiempo ejercía la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria (API) del Principado de Asturias, no figuraba como colegiada en Oviedo; así, para identificarse utilizaba junto con su logotipo, la placa y el escudo de API.

Es por ello por lo que se solicitó que la conducta de Salvadora se considerase acto de competencia desleal, si bien como la demandante no incluyó en su escrito referencia alguna al artículo 15 de la LCD, sino a los artículos 5, 6, 7, 11 y 12 de la LCD, a pesar de ser un caso interesante de posible violación de normas como acto desleal, la actuación de Salvadora

Doctrina judicial: en un primer lugar se concluyó que la conducta desarrollada no infringía los artículos 5, 6, 7, 11 y 12 de la LCD previamente citados. No obstante, la Audiencia Provincial de Oviedo observó como en el caso enjuiciado la demandada exhibía logos corporativos que son patrimonio exclusivo de los API que se encuentren inscritos como ejercientes en el correspondiente colegio profesional, sin estar ella inscrita, con lo que se había ahorrado el abono de las cuotas colegiales correspondientes.

El ilícito sancionado se encuadraría pues dentro del art. 15 de la LCD, puesto que se produce un acto de competencia desleal por violación de normas. El motivo de esta calificación es que mediante la ventaja competitiva Salvadora obtiene una posición de mejora en el mercado frente al resto de competidores; además el infractor se prevalece de la ventaja competitiva consiguiendo un ahorro de costes; y la ventaja competitiva es significativa ya que el infractor obtiene una mayor clientela.

Fallo: no se considera acto desleal por violación de normas, porque aunque se trate de una norma de carácter administrativo que incide en el mercado, la

demandante, *Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria del Principado de Asturias*, como dijimos más arriba, no había incluido en su escrito de demanda que se vulneraba el art. 15 de la LCD.

Clasificación de la deslealtad por violación de normas: en efecto, se trataría de un supuesto que regula la actividad concurrencial, por lo que habría que referirse al artículo 15.2 de la LCD. Por otra parte, este caso podría encuadrarse dentro del grupo de la regulación del acceso a la profesión o el ejercicio de una actividad económica, puesto que estamos ante una actividad económica peculiar y con la regulación de la misma se quiere conocer qué miembros desarrollan su actividad profesional sin cumplir la normativa.

AC/2014/1842. Sentencia núm. 298/2014 de 17 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona

Hechos: Merck Sharp & Dohme de España S.A. (MSD) demandó a Krka D.D. Novo (KRKA) por negarse a suspender, de forma temporal y revocable, las autorizaciones de comercialización del genérico Montelukast, hasta una fecha próxima a la expiración del derecho de exclusiva que poseía MSD.

Esto conllevaba graves perjuicios para la empresa demandante, puesto que KRKA, como dispone de la autorización para comercializar tres presentaciones de medicamentos genéricos de Montelukast, podía ofrecer su producto a un precio más bajo.

Doctrina judicial: MSD consideró que la demandada incumple con el compromiso de abastecer a las farmacias de los medicamentos de menor precio, tal y como se establece en el art. 93.3 de Ley 29/2006, adquirido por KRKA con el Estado Español. Por esta razón, surgiría un acto de competencia desleal en su modalidad de violación de normas, prohibido por el art. 15 de la LCD.

Fallo: no se produce acto de competencia desleal por violación de normas, puesto que para considerar la deslealtad del acto según el art. 15 de la LCD, se debe apreciar sin dificultad que se infringe la norma jurídica. Y este no es el caso.

Clasificación de la deslealtad por violación de normas: en este caso se ordena el mercado y se disciplinan las conductas de quienes participan en él, por ello es un supuesto que se tipifica dentro de las normas que regulan la actividad concurrencial. Por otra parte, si se sitúa en los grupos de casos, se ubica en la regulación del acceso a una profesión o al ejercicio de una actividad económica.

AC/2009/1937. Sentencia núm. 298/2009 de 23 de julio, de la Audiencia Provincial de las Palmas

Hechos: Northwest Confort S.L. (dueño del restaurante Guarapo), demandó a Klaus Haus y Jerónimo S.R.C. (dueño del restaurante Toro Negro II). Ambos desarrollaban su actividad empresarial en el mismo centro comercial, por lo que utilizaban zonas comunes. Sin embargo, los empleados de Toro Negro II captaban a los clientes y les decían que no acudieran a Guarapo, por esta razón se están cumpliendo los requisitos establecidos en el art 15.1 de la LCD, pues el demandando logra una ventaja significativa incumpliendo el régimen interno de la Comunidad.

A pesar de todo, el demandado manifestó que los camareros del demandante, en ocasiones, realizan la misma práctica para captar clientela, de forma que no acudiesen a Toro Negro II.

Doctrina judicial: analizando la sentencia en cuestión, se ha de comprobar si se dan los requisitos en el artículo 15 de la LCD, previamente mencionado. Respecto del primer apartado del artículo, la normativa que la demandante afirma que vulnera la demandada es la contenida en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios de las partes, y es muy claro que dichas normas no tienen el rango de <<ley>>, siendo este un requisito imprescindible para encuadrarlo dentro del artículo 15 de violación de normas. En consecuencia, no se considera que la demandada esté llevando a cabo un acto de competencia desleal por violación de normas.

Por otra parte, la demandante no ha acreditado que se haya obtenido una ventaja competitiva significativa, puesto que ambos restaurantes realizaban una actividad comercial similar de captación de clientes, y tampoco se aportó dato alguno que demuestre la ventaja obtenida por parte de la demandada.

Fallo: no se produce acto desleal por violación de normas, puesto que no se da los requisitos para que pueda prosperar una acción por competencia desleal de las contenidas en el artículo 15 de la norma. En concreto no se infringe el artículo de la LCD sobre la violación de normas por dos razones, la primera de ellas consiste en que la normativa que vulnera la demandada no tiene el rango de <<ley>>, y la segunda radica en que la demandante no acredita que se obtenga una ventaja competitiva significativa.

Clasificación de la deslealtad por violación de normas: se trata de una sentencia que no tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial, de forma que no podemos ubicarla en ninguno de los grupos de casos.

JUR/2019/70150. Sentencia núm. 14/2019 de 18 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid

Hechos: la Federación Profesional del Taxi de Madrid (en adelante Federación) demandó a Maxi Mobility Spain S.L (en adelante Maxi Mobility). La razón de la demanda se debía a que Maxi Mobility, mediante su aplicación Cabify, ponía en contacto a los clientes con vehículos que cuentan con la autorización administrativa, gracias a la cual pueden prestar servicios de arrendamiento de vehículo de turismo con conductor (VTC).

Estas prácticas son desleales, ya que suponen la infracción de la legislación de Competencia Desleal por violación de normas del transporte, en materia de transporte de pasajeros.

Doctrina judicial: las prácticas llevadas a cabo través de Cabify, mediante las cuales se asignan servicios a vehículos que se encuentran circulando y ubicados en contra de los dispuesto en la legislación del transporte, infringen la legislación de competencia desleal por violación de normas (art. 15 de la LCD) de transporte, en materia de contratación de servicios mediante vehículos de arrendamiento con conductor.

Fallo: no se produce acto de competencia desleal por violación de normas. Los hechos acreditados por la Federación no justifican que la empresa demandada, en este caso Maxi Mobility, obtuviese una ventaja competitiva frente a sus competidores. Esta es una condición imprescindible para calificar el supuesto como acto de competencia desleal por violación de normas, sin olvidar que es necesaria tal circunstancia incluso en el ilícito contemplado en el art. 15.2 de la LCD. Retomando que no se da esta condición en el supuesto tratado, no tendría lugar al acto desleal por violación de normas.

Clasificación de la deslealtad por violación de normas: se trata de un supuesto que regula la actividad concurrencial. Situándolo dentro de los grupos de casos previamente citados, se encontraría dentro de la regulación del acceso a la profesión o al ejercicio de una actividad económica; no obstante, también se puede situar en el grupo de la defensa de la competencia porque infringen normas reguladoras de la competencia.

6. CONCLUSIONES

A la vista de las consideraciones desarrolladas a lo largo del trabajo, es apropiado exponer como conclusiones los aspectos más relevantes que se han tratado.

El principio de libertad de empresa muestra como todo empresario puede desempeñar su actividad en el mercado. Como cabe esperar, esto no siempre se cumple, y surge el concepto de competencia desleal. En este caso los empresarios no respetan las normas jurídicas que les afectan, de forma que perjudican a la competencia, sin llegar a excluirla.

La regulación contra la competencia desleal se encuentra en la Ley 3/1991; sin embargo, esta legislativa fue modificada por la Ley 29/2009. La modificación conllevó a mejoras en el régimen legal de la competencia desleal y la publicidad, por ello es razonable considerarla la Ley de Competencia Desleal vigente hasta la fecha.

La Ley 29/2009 establece una doble <<cláusula general>>; así pues, la cláusula general se concreta en unas prácticas comerciales calificadas como desleales, y por tanto, están prohibidas. En concreto se ha desarrolla la <<cláusula

especial>> de la violación de normas, encontrándose regulada en el art. 15 de la LCD.

Tanto el primer como el segundo apartado de este artículo se refieren a la infracción de las normas jurídicas. Sin embargo, el primer apartado se refiere a la violación de normas cuyo objeto es la ordenación de la competencia, y el segundo apartado hace referencia a la infracción de normas jurídicas cuyo objeto es la regulación de la actividad concurrencial.

En realidad, el objetivo de este artículo es velar por la *par conditio concurrentium*. Sin embargo, las posibles dudas interpretativas que pueden surgir de este artículo, han de ser resueltas en los Tribunales de Justicia, y en concreto, por el Tribunal Supremo.

Una vez expuestas las conclusiones teóricas, se ha dado una mayor importancia a las sentencias analizadas. En un primer lugar, tras un proceso de búsqueda complejo en una base de datos, se escogen seis sentencias, la dificultad se incrementó a la hora de encontrar casos en donde la violación de normas fuera la infracción principal. En efecto, aun estando relacionados al mismo nivel jerárquico el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales, la búsqueda mostró que en esta década, y sin saber si habrá más que lleguen al Tribunal Supremo, son más los casos que se encuentran en Audiencias Provinciales.

Las dos primeras sentencias estudiadas corresponden al Tribunal Supremo, en ellas encontramos reflejadas los dos tipos de normas sobre las circunstancias determinantes de la deslealtad que se explicaban en la teoría.

En realidad, la primera de las sentencias hace referencia a normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, en concreto, las entidades demandadas difunden sus prestaciones ofertando el juego online en España. En principio la vulneración de estas normas constituye *per se* un acto de competencia desleal; sin embargo, este régimen es relativo, por lo que en este caso se ha demostrado que la empresa demandada no se ha prevalido de una ventaja competitiva significativa que altere la *par conditio concurrentium*. Por esta razón no se trata de un acto de competencia desleal por violación de normas.

En cambio, el segundo supuesto se refiere a la violación de normas que tienen por objeto la ordenación de la competencia, su regulación se encuentra en el art. 15.1 de la LCD. En esta sentencia, la empresa demandada aplica a sus socios

un descuento superior al permitido; así pues, se prevalece en el mercado de una ventaja competitiva, de la que obtiene un beneficio económico. En efecto, el Tribunal Supremo considera la ventaja competitiva como significativa cuando se acredita que se produce una desviación de la clientela a favor del infractor, y en este caso, mediante la ventaja competitiva ilegal el demandado consigue desviar la clientela a su favor. Así pues, el fallo concluye que se produce un acto desleal por violación de normas.

Por otra parte, si nos referimos a las sentencias de las Audiencias Provinciales, al encontrar un mayor número de fuentes, se descubre una mayor variedad. Ciertamente es que comparten la peculiaridad de que en ninguna de ellas se produce acto de competencia desleal por violación de normas. Sin embargo, no se tiene constancia de si en posteriores ocasiones la empresa demandada presentó recurso contra alguna de las sentencias de las Audiencias Provinciales, pudiendo llegar así al Tribunal Supremo.

Una gran parte de las sentencias de las Audiencias Provinciales, hacen referencia a normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial. En este caso, la vulneración de estas normas constituye *per se* un acto de competencia desleal. Sin embargo, este régimen es relativo, puesto que puede demostrarse que aun produciéndose la violación de la norma, esta no genera una ventaja competitiva. Esto ocurre en dos de los casos, en concreto el demandante no acredita que se haya obtenido una ventaja competitiva, siendo este un requisito imprescindible para considerar el supuesto acto de competencia desleal. Por tanto, debido a la falta de pruebas, no se puede considerar que infringe la normativa.

En otra de las sentencias no se aprecia que se produzca la infracción de la norma, y en el otro caso, aun produciéndose el acto de competencia desleal por violación de normas, como la demandada no lo incluye en su escrito, no se puede calificar como acto desleal por violación de normas.

Por último se ha de mencionar el grupo de casos al que más se hace referencia en las sentencias, se trata de la regulación del acceso a la profesión o al ejercicio de una actividad económica. Probablemente se debe a que es un caso muy amplio, y se da con frecuencia en la práctica, porque son muchas las veces en las que los empresarios acceden a un mercado o a una actividad económica sin cumplir con los requisitos legales, o sin contar con las autoridades

administrativas necesarias. No obstante, tal y como se comprueba en las sentencias, no es fácil demostrar por parte de los tribunales cuando surge un acto de competencia por violación de normas de este tipo, siendo esta la razón por la que no se tiende a calificarlo como acto de competencia desleal.

7. BIBLIOGRAFÍA Y OTROS MATERIALES EMPLEADOS

Bibliografía:

- Alfaro, J. (1999). Competencia desleal. En J. Massaguer, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*.
- Bercovitz, A. (2018). *Apuntes de derecho mercantil*.
- Broseta Pont, M., & Martínez Sanz, F. (2018). *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos.
- Carbajo, F. (2001). Artículo 15. Violación de normas. En *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (págs. 431-468). Pamplona: Aranzadi.
- Emparanza, A. (2009). Violación de normas. En F. Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal* (págs. 255-272). Tecnos.
- Fernandez Gabriel, J. R. (2007). *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia*. La Ley.
- González. (2006). Violación de normas. En L. A. Velasco, *Diccionario del Derecho de la Competencia*.
- Iberley. (s.f.). Obtenido de <https://www.iberley.es/temas/practicadas-colusorias-44061>
- Martín, G. A. (2007). La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Defensa de la Competencia en el Derecho español tras la trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo. *Revista Electrónica de Direito*, 178-206.
- Massaguer, J. (1999). *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.
- Otamendi, J. J. (1994). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Aranzadi.
- Peñas, B. (2008). La <<violación de normas>> concurrenciales y no concurrenciales como actos de competencia desleal. 209-231.
- Sanchez Moron, M. (2005). *Derecho administrativo. Parte general*. Tecnos.
- Soler, P. (2002). Infracción de normas como acto de competencia desleal. *Cuadernos de derecho judicial*, 183-208.

Webs consultadas:

- Kluwer, W. (s.f.). *Guías Jurídicas*. Obtenido de https://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAEADVOSO_DMAz-NzmiZhrccmnLAQnQNCLE1U2sNIqlu8Qty7_HpcOSZX8PP64L5mrxxgY8zS5QUqUmSvXb2LygYhiKaRQ4XiD25MzxSW8orGhhEIWyx9xW6ZgY4hmL0fp4UGWin3dYwwgsS1vl-77gvXn-arbQB908qhVzEYP5DCMmRjWfCqV5N0 (Último acceso: 03-05-2019)
- Thompson, I. (2006). *La publicidad corporativa*. Obtenido de <https://www.promonegocios.net/publicidad/publicidad-corporativa.html> (Último acceso: 26-04-2019)