

# El Abuso de una Posición de Dominio en el Mercado desde la perspectiva del Derecho de la Competencia Desleal<sup>1</sup>

ÁNGEL MARTÍNEZ GUTIÉRREZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia). Profesor Titular de Derecho Mercantil. Director de la Cátedra de Estudios de Derecho Industrial. Universidad de Jaén (España). E-mail: martinez@ujaen.es

Recibido: 17-06-10 Aceptado: 30-07-10

## Resumen

El presente trabajo aborda el análisis de uno de los actos de competencia desleal contemplados expresamente en la Ley 3/1991, que condensa la represión de la Competencia Desleal en España. En concreto, se aborda el análisis del acto desleal consistente en el abuso de una posición privilegiada en el mercado por parte de una empresa respecto de sus clientes o proveedores. A tal fin, y tras realizar unas consideraciones introductorias sobre el Derecho de la Competencia en el ordenamiento jurídico español, hemos analizado exhaustivamente el contenido del artículo 16.2º y 3º de la citada Ley 3/1991, lo que nos ha permitido determinar el alcance de su supuesto de hecho y de las consecuencias jurídicas aparejadas.

**PALABRAS CLAVES:** Antitrust, Competencia Desleal, Suministro, Abuso.

## Abusing a Market Position of Dominance from the perspective of Unfair Competition Legislation

### Abstract

The present work undertakes the analysis of one of the acts of Unfair Competition explicitly contemplated in Law 3/1991, which condenses the repression of Unfair Competition in Spain. Concretely, it delves into the unfair act's analysis, namely the abuse of a privileged market position by a company as related to its clients or providers. To that effect, and after performing some introductory considerations on Competition legislation within the body of Spanish Law, we have exhaustively analyzed the contents of article 16.2º y 3º of the aforementioned Law 3/1991 which has enabled us to determine the reach of its De Facto assumption and its corresponding legal consequences.

**KEYWORDS:** Antitrust, Unfair Competition, Supply, Abuse.

## APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE COMPETENCIA DESLEAL EN ESPAÑA

### Consideraciones introductorias

La observación de cualquier mercado de producto o servicio permite constatar la presencia de una pluralidad de operadores económicos que se encuentran en una situación de mutua y recíproca competencia. Se trata de una circunstancia que, como es notorio, deriva directamente del reconocimiento constitucional del principio de libertad de empresa. Y es que, salvo en determinados ámbitos económicos donde se limita expresamente el ejercicio de aquélla por razones varias (de tipo técnico, fiscal, etc.), el libre y simultáneo ejercicio de la citada libertad constitucional por miembros de una comunidad humana ocasiona necesariamente que el mercado de producto o servicio resultante venga a responder a un modelo económico de competencia imperfecta.

Constituye una situación que, por lo demás, no ha pasado desapercibida para nuestros legisladores comunitario y estatal (y más recientemente para el legislador autonómico). Muy al contrario, el repaso de nuestro ordenamiento jurídico nos permite detectar una serie de hitos normativos que, desde diferentes perspectivas, tienen a la competencia empresarial como objeto de regulación, lo que permite afirmar la existencia de un sector normativo ubicado en la disciplina de Derecho Mercantil que es conocido bajo la siguiente denominación; a saber: Derecho de la Competencia.

Ahora bien, aun siendo cierto que todos estos instrumentos normativos tienen a la competencia empresarial como objeto de regulación, no lo es menos que la finalidad de unos y otros se manifiesta distinta. Es por este motivo que, tras un análisis de las disposiciones legislativas englobadas en ese llamado Derecho de la Competencia, pueda sustentarse la existencia de un doble bloque normativo que, a nuestro juicio, encuentra su justificación en aquella máxima económica del siglo XIX que deponía en el siguiente sentido; a saber: «la competencia saca lo mejor de los productos y lo peor de los hombres».

Se explica así, pues, que exista, por un lado, un Derecho *antitrust* o derecho de defensa de la competencia, cuyo objetivo –como su propia denominación indica– es la tutela de un nivel de competencia mínimo y practicable en el mercado. A tal fin, se viene a prohibir todos aquellos comportamientos empresariales tendentes a su eliminación, al considerar

que la competencia reporta unos beneficios irrenunciables para la comunidad concreta. En efecto, la existencia de este nivel de competencia en un concreto sector productivo facilita la obtención de unos efectos benéficos no sólo para los consumidores, sino también para la sociedad en su conjunto. Piénsese, en este sentido, en la influencia de la competencia empresarial sobre los precios, la calidad de las prestaciones ofrecidas o, en definitiva, la eficiencia del proceso productivo, donde se busca el aumento del beneficio empresarial por la vía de la rentabilidad de los costes. Resulta evidente, por tanto, cómo el Derecho *antitrust* realiza el primer inciso de la máxima decimonónica apuntada anteriormente cuando –recordamos- asevera que «la competencia saca lo mejor de los productos...».

Pero además, cabe afirmar, por otro lado, la existencia de un llamado Derecho de la Competencia Desleal que viene a superponerse sobre el anterior, y cuyo objetivo es la práctica de la concurrencia de forma correcta, esto es, sin descender a comportamientos que impliquen un abuso de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida así como una ruptura de las reglas del propio mercado. O dicho en otros términos, en su tendencia hacia el incremento del volumen de negocio y del círculo de sus clientes y proveedores en detrimento de otros, no sólo se impone a los operadores económicos unas pautas de comportamiento leales, sino también se reprueba a quienes no las observen, abriendo incluso la vía del resarcimiento de los daños ocasionados por esa conducta. Es evidente, por tanto, cómo este segundo grupo de normas supone la respuesta legislativa al último inciso de la máxima decimonónica anotada más arriba que –reiteramos- deponen en el sentido de que la competencia «... saca lo peor de los hombres».

Pues bien, ambos sectores normativos están presentes en el ordenamiento jurídico español y se encuentra representados por dos relevantes hitos legislativos. Obsérvese que, mientras el Derecho *antitrust* se condensa, con carácter general, en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el derecho represor de la deslealtad concurrencial se sustancia en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD), cuyo interés para este trabajo resulta palmario. Se trata de una realidad que ha sido puesta de relieve magníficamente por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de enero de 2006<sup>2</sup>, donde se expone además el principio que rige la relación entre ambos instrumentos normativos. En efecto, este órgano juzgador afirma cuanto sigue:

...como es sabido, uno de los principios básicos que inspiran los sistemas de economía de mercado es el de la libertad de empresa o libertad de iniciativa económica, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 38 CE: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.»

De la mencionada declaración se extraen dos consecuencias: primera, que el principio de economía de mercado no se proclama en términos absolutos, sino que cede frente a diversas limitaciones que derivan de la protección de otros intereses, socialmente considerados también dignos de protección; y, segunda, que los poderes públicos están obligados a mantener el sistema concurrencial, es decir, la competencia económica en el mercado, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar la concurrencia entre empresas (cfr. la STCO 01/07/86).

Así nace el derecho de la competencia, desarrollado a través de dos sistemas normativos diferentes: por un lado, el regulador de la libertad de competencia, que comprende un grupo de normas cuya finalidad es sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores económicos que impida la existencia de competencia en el mercado, y que por eso se denomina derecho antimonopolio o Derecho *antitrust*; y, por otro lado, el regulador de la competencia desleal, que comprende un conjunto de normas orientadas a castigar aquellas conductas empresariales que atentan contra la corrección en la realización de las actividades competitivas del mercado.

En definitiva, la competencia, como presupuesto para el buen funcionamiento del mercado, que podría verse afectado por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste, constituye un bien que el derecho viene a tutelar desde una doble perspectiva: desde la libertad y desde la lealtad.

Tradicionalmente, se ha sostenido la conveniencia de que ambos sistemas coexistan de forma separada debido a las diferencias existentes entre ambos, tanto en lo que se refiere a la función que cumplen (la ordenación del mercado para lograr el máximo de eficiencia, frente a la ordenación de la profesión), el bien jurídico protegido (la libertad de empresa, frente a la deontología profesional), el interés amparado (interés público, conocido como “orden económico”, frente al interés privado de los empresarios en conflicto), y la naturaleza y alcance del ilícito (la normativa *antitrust* persigue las prácticas anticompetitivas que limitan o falsean

la competencia, mientras las normas de competencia desleal atienden al medio empleado en la realización de esas prácticas -la deslealtad-).

Sin embargo, esta construcción de corte individualista quiebra a partir de los años treinta, al entenderse que el Derecho de la Competencia tiene también una función social y que persigue intereses generales, teniendo ambas normativas un elemento común: el objetivo de asegurar el buen funcionamiento del mercado mediante el mantenimiento de un orden concurrencial saneado.

Se estima, pues, que hay un fundamento común, el derecho individual a la libre actividad económica (protegido, en el plano de su existencia, por el Derecho *antitrust*, y en sus modalidades de desarrollo, por el Derecho de Competencia Desleal), un mismo objeto de tutela (la competencia) y una identidad de funciones (lo que significa abrir el juicio de deslealtad a parámetros político- sociales y político-económicos; la institución de la competencia desleal pasa de tutelar los intereses de los empresarios a dar primacía al orden público económico, de utilizar el reenvío a elementos extrajurídicos -las buenas costumbres, los usos mercantiles, las normas de corrección profesional- a usar criterios de naturaleza económica -la eficiencia-).

A partir de este momento, se considerará que la lucha competitiva sólo es legítima en la medida en que se desenvuelva sobre la base de una actividad de mejora de las propias prestaciones, incorporando el principio de eficiencia de las propias prestaciones o de competencia basada en el propio esfuerzo, lo que supone, desde la perspectiva de la competencia desleal, que puede haber un daño al concurrente, pero ese daño es el resultado de la actividad en el mercado, no el medio utilizado para concurrir, en tanto que, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, la ventaja concurrencial que puede obtenerse proviene de la calidad de las prestaciones, no del abuso que se haga de una posición dominante o de un acuerdo colusorio con otro competidor.

Llegado este punto cabe plantear cual es la relación entre los dos cuerpos normativos existentes en nuestro ordenamiento, la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal; interrogante que la doctrina ha resuelto unánimemente en el sentido de entender que la Ley de Defensa de la Competencia es ley especial respecto a la Ley de Competencia Desleal.

Ambas normas protegen lo mismo: el orden concurrencial saneado, de forma que las conductas o prácticas que atenten contra este orden concurrencial habitualmente encajarán en alguno de los tipos especiales de los arts. 6 a 17 LCD, o serán perseguibles en virtud

de la cláusula general del art. 5 LCD. Sólo cuando, por la relevancia del comportamiento, éste produzca una afectación sensible de la competencia, y, por tanto, sea una cuestión que afecte al interés público, entrará en juego la Ley de Defensa de la Competencia...

## EN TORNO A LA LEY 3/1991, DE 10 DE ENERO, DE COMPETENCIA DESLEAL

Como hemos apuntado más arriba, la Ley 3/1991 constituye el instrumento legislativo adoptado por el legislador español para la represión de aquellos comportamientos empresariales de carácter abusivo desarrollados en el mercado, lo que se realiza –según asevera su artículo 1- «...en interés de todos los que participan en el mercado...»<sup>3</sup>. Obsérvese, en este sentido, cómo la prohibición de los actos de competencia desleal tiene un efecto tuitivo de todos y cada uno de los intereses afectados por la competencia. En efecto, este instrumento normativo viene a satisfacer el interés individual de cada empresario, el interés colectivo de los consumidores y el interés general del propio Estado. Y es que, manifestándose como una exigencia general de la ordenación del mercado, y superando en todo caso el modelo profesional, este cuerpo normativo implanta correlativamente un modelo social de competencia, de tal manera que se viene a reprobar no sólo aquellos comportamientos empresariales abusivos frente a otro competidor, sino también frente al colectivo de consumidores así como frente a la propia ordenación económica de la comunidad.

Se entiende así que la delimitación objetiva y subjetiva del ámbito de aplicación de la norma se haya realizado por el legislador en términos sumamente generosos. Léase, en este sentido, cómo la Ley resulta de aplicación, desde una perspectiva subjetiva, «...a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado...» (art. 3.1º), mientras que, desde un punto de vista objetivo, viene a aplicarse a los comportamientos «...que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales», presumiendo por tal conducta aquélla que «... por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero» (art. 2).

Ahora bien, ¿cuál es el parámetro utilizado por nuestro legislador para la calificación como desleal de un comportamiento concurrencial? O dicho

en otras palabras, ¿cuándo puede afirmarse que se ha cometido un acto de competencia desleal?

Constituyen arduas interrogantes, cuyas respuestas se encuentran fuertemente condicionadas por el modelo de competencia desleal elegido por nuestro legislador. Obsérvese, en este sentido, cómo el parámetro utilizado para determinar la deslealtad de un comportamiento ha supuesto un desprecio de las normas de corrección profesional, de los buenos usos mercantiles así como de los usos honestos en materia industrial y comercial, que resultaban más propios del modelo profesional de competencia, y los ha sustituido por un doble expediente netamente objetivo; a saber: la formulación de una cláusula general prohibitiva y una amplia tipificación de conductas desleales. Así pues, con el fin de –según asevera el propio legislador en el preámbulo– dotar de mayor certeza y seguridad jurídica esta nueva regulación con escasa tradición legislativa y comercial, se ha incluido entre los artículos 5 y 31 del texto normativo un extenso elenco de comportamientos desleales que se manifiestan como los más frecuente y habituales en nuestro entorno.

Es más, la definición del acto de competencia desleal se realiza a través del recurso de una cláusula general sumamente amplia que aparece contenida en el párrafo primero del artículo 4 cuando ordena que «se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». Resulta evidente, por tanto, cómo el legislador no ha tomado como referencia para la calificación de acto como desleal el *standard* de conducta meramente profesional, sino la observancia de un principio general de buena fe que es universalmente reconocido, y cuya exégesis en esta sede refiere una adecuación a los principios del orden económico (libre competencia, competencia económica, defensa del consumidor), de tal manera que habrá de calificarse como desleal todo aquel comportamiento que implique un abuso del derecho a la libertad de empresa.

Se trata de una conclusión que, de hecho, no sólo ha sido acogida por la propia Ley 3/1991, al afirmarse en el preámbulo la consagración en la cláusula general del abuso de competencia en el sentido de extralimitación objetiva, sino también por nuestros jueces y tribunales. Léase, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de abril de 2000<sup>4</sup> cuando, al enfrentarse a la definición de la cláusula general asevera que «...se refiere la norma a un modelo de conducta, “standard” jurídico o arquetipo, para señalar un límite extrínseco al ejercicio del derecho subjetivo a desarrollar libremente una actividad económica

en el mercado y a concurrir con otros competidores, manifestación de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, a que se refiere el artículo 38 de la Constitución Española».

En consecuencia, es claro que la buena fe contemplada por la norma no viene a identificarse con reglas de conductas existentes en la colectividad que resultan exigibles en cualquier ámbito de las relaciones humanas. Muy al contrario, únicamente se refiere a aquéllas que, siendo idóneas en un sistema de libre competencia, sirven para el buen orden concurrencial, por lo que posibilita la reacción contra aquellos comportamientos que lo perturban o falsean con independencia, eso sí, de la intencionalidad del sujeto agente. Y es que, como afirma expresamente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de octubre de 2001, «...la referencia a la buena fe que se contiene en la norma viene hecha a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (dolo o culpa) del sujeto y que encuentra acogida en el artículo 7.1º del Código Civil como límite al ejercicio de los derechos subjetivos...»<sup>5</sup>.

Ahora bien, ¿qué relación guardan los dos expedientes objetivos utilizados por el legislador para determinar la deslealtad de un comportamiento? Constituye otra interrogante sumamente importante, sobre la que descansa el funcionamiento del sistema contenido en la Ley 3/1991, y cuya respuesta exige atender a dos caracteres de la cláusula general que venimos estudiando. En este sentido, y por una parte, debe afirmarse que la cláusula general tiene autonomía respecto del resto de actos desleales tipificados en la Ley 3/1991, lo que significa que nos encontramos ante una norma *per se* que excluye la aplicación específica de los demás preceptos. Desde esta perspectiva, es evidente que no solo serán actos desleales los que puedan encajar en los artículos 5 y 31, sino también aquellas otras conductas que no encuentren acomodo en los citados preceptos y que, no obstante, puedan ser considerados como objetivamente contrarios a las exigencias derivadas del principio de buena fe antes citado. Es por ello que, en nuestra opinión, la cláusula general venga a cumplir una doble función de actualización y complemento del sistema de competencia desleal, al permitir su integración y adaptación a cada momento histórico.

En esta línea de pensamiento, son sumamente elocuentes las palabras de Massaguer Fuentes cuando asevera que la cláusula general viene a desarrollar una función de «...válvula de autorregulación del sistema: asegura su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado y de las conductas concurrenciales y permite especialmente que los comportamientos

ahora extravagantes a los tipos en particular puedan someterse al control de deslealtad concurrencial...»<sup>6</sup>. Constituye un planteamiento que, por lo demás, ha sido acogido por la jurisprudencia patria. Consúltense, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 10 de mayo de 2004 <sup>7</sup> cuando «...[concibiendo la cláusula general] no como mero principio abstracto susceptible de ser desarrollado sino que es una norma completa y su infracción constituye un verdadero acto de competencia desleal, [afirma que] se trata de una válvula de autorregulación del sistema permitiendo la adaptación de éste a las cambiantes circunstancias del mercado y de las conductas concurrenciales, permitiendo que conductas ajenas a los tipos concretamente determinados queden fuera del ámbito protector frente a la competencia desleal...».

Pero además, y por otra parte, la cláusula general presente un carácter subsidiario, lo que significa que será de aplicación únicamente cuando el acto desleal concreto no encuentre acomodo en ninguno de los supuestos de hecho contenidos en los artículos 5 a 31. O dicho en otros términos, la cláusula tiene este carácter en la medida en que, si la concreta actuación verificada en el mercado se encuentra explícitamente tipificada en la Ley 3/1991, será de aplicación el tipo concreto y no la cláusula general. Es por ello que, si debe reprenderse la deslealtad de un comportamiento concurrencial, deba acudir necesariamente a la norma jurídica que ha contemplado específicamente esa conducta y solo cuando la conducta no encuentre acomodo en ningún acto típico concreto, habrá de acudir a la norma contenida en la cláusula general.

Así lo afirman reiteradamente no sólo el Tribunal Supremo <sup>8</sup>, sino también nuestra jurisprudencia menor. Léanse, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de diciembre de 2003 <sup>9</sup> cuando, con relación a la invocación de la cláusula general, contenida en la versión anterior de la Ley 3/1991 en el artículo 5, asevera que «...no está justificado el recurso a la cláusula general, por su función de válvula del sistema, cuando el modelo de conducta ha alcanzado ya una realidad positiva, al haberlo incorporado (tipificado) el Legislador a una norma jurídica reguladora del comportamiento activo u omisivo de que se trata. Esta norma específica ya pondrá en movimiento sus propios mecanismos de control de la antijuridicidad y, en su caso, de reacción ante la violación...» y de 3 de diciembre de 2003 <sup>10</sup>, al afirmar que «... tampoco cabe recurrir a dicho precepto cuando la conducta ha superado el control de legalidad que resulta de aplicar a la misma el precepto que la tipifica especialmente y toma en consideración los intereses afectados, como si la del artículo 5 se tratara de una antijuridicidad atípica de menor grado, sin que pueda

acudirse a dicha norma como segundo nivel de control una vez que ha superado el juicio de deslealtad según la norma especialmente aplicable...».

En el mismo sentido, y más recientemente, depones la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 18 de julio de 2007<sup>11</sup> al entender que «... el mencionado artículo 5 sólo es aplicable a los ilícitos que no tienen encaje en dichos tipos; es más, este precepto no puede invocarse cuando los supuestos puedan encuadrarse en aquellos, pero superen el control de deslealtad...».

## ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL ACTO DE “EXPLOTACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA”

Si realizamos una lectura sosegada del elenco de conductas desleales típicas, podemos constatar que los párrafos segundo y tercero del artículo 16 LCD, en su versión dada por la Disposición Adicional III de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, viene a calificar como desleal una conducta que, hasta el momento de la reforma, únicamente había tenido encaje normativo en el Derecho *antitrust* y, en particular, como una manifestación más del abuso de posición dominante que, como es sabido, es junto a las prácticas colusorias y los actos desleales, las conductas prohibidas por la normativa antitrust de carácter estatal. En concreto, los preceptos indicados anteriormente vienen a ordenar cuanto se indica seguidamente:

**Artículo 16.2° LCD:** se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

**Artículo 16.3° LCD:** tendrá asimismo la consideración de desleal:

- a) la ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.
- b) la obtención, bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos

adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.

## Intereses protegidos

Si volvemos sobre las normas trascritas anteriormente, podemos inferir que el interés tutelado por nuestro legislador en la configuración de estas conductas desleales típicas es doble. Y es que, además del interés general relativo al orden concurrencial del mercado, los preceptos reproducidos vienen a satisfacer al interés particular de aquellos operadores económicos menos favorecidos. Obsérvese, en este sentido, cómo los comportamientos contemplados, implicando una explotación o aprovechamiento de una situación de supremacía, lesionan la estructura competitiva del mercado concreto de producto o servicio y, además, vienen a entorpecer las actividades competitivas desarrolladas o susceptibles de desarrollarse por algunos agentes económicos.

En efecto, enjugando los posibles desequilibrios existentes en un mercado concreto, la represión de esos comportamientos contemplados consiente la protección tanto del mercado en general como, especialmente, y de forma mediata, de aquellos operadores económicos que se encuentra en una situación de desprotección frente a aquellas empresas que, por su poder económico, pueden exigirles unas condiciones y conductas que, en otras circunstancias, no se ofrecerían, y cuya causa se encuentra precisamente en el desequilibrio existente entre ambas empresas. O dicho en otros términos, es esa situación de sometimiento de unas empresas respecto de otros operadores con un poder económico más fuerte el presupuesto del comportamiento desleal. Léase, en este sentido, un pasaje de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de abril de 2000 <sup>12</sup> cuando asevera que

...la situación de dependencia económica puede venir dada de hecho por las condiciones del mercado, pero también por el acuerdo de las empresas interesadas que se someten a las ventajas y desventajas que se ligan al pacto de distribución en exclusiva de los productos de un fabricante de bienes o servicios. Parece que en el primero de los supuestos, el aprovechamiento, digamos que doloso o gravemente imprudente, por una empresa de su posición en el mercado para imponer a sus empresas clientes condiciones distintas de contratación sin alternativa posible, es conducta contraria a la competencia entre aquellas por quedar falseada....

Ahora bien, aun cuando se produce esta protección de los operadores económicos menos favorecidos, lo cierto es que constituye un efecto reflejo derivado de la respuesta tuitiva ofrecida por el legislador estatal a todo el sistema competitivo en su conjunto. Y es que, como tiene afirmado Massaguer Fuentes, «...este ilícito de deslealtad concurrencial, pues, tiene por finalidad la preservación del orden concurrencial ante las conductas contrarias a la competencia por eficiencia que la asimetría del poder en el mercado posibilita a una determinada empresa frente a las empresas con las que se relaciona...»<sup>13</sup>.

### **Contenido de la conducta contemplada en el artículo 16.2°**

A fin de determinar el alcance del precepto indicado en el epígrafe, se hace necesario volver sobre su tenor literal. Y, en este sentido, una lectura detenida nos revela cuáles son los parámetros sobre los que pivota el supuesto de hecho contenido en la norma. En efecto, un análisis del precepto nos permite afirmar que el comportamiento tipificado y calificado de desleal gira en torno a los siguientes elementos constitutivos.

En primer lugar, el supuesto de hecho pivota sobre una circunstancia fáctica; a saber: el sujeto agente debe gozar de una situación de superioridad económica en el mercado respecto del sujeto pasivo de la acción, al punto que pueda afirmarse una determinada dependencia económica.

En segundo lugar, y correlativamente a cuanto antecede, el supuesto de hecho exige otro parámetro que gira en torno a una situación de dependencia económica del sujeto pasivo respecto del sujeto agente. Constituye una circunstancia fáctica de una empresa respecto de otra con la que se relaciona como cliente o proveedor, y cuya constatación exige un análisis del mercado concreto, esto es, el producto o servicio objeto de compra o suministro, el territorio en que se producen las transacciones, el momento concreto de valoración, así como la posición particular ocupada por las empresas de referencia. En efecto, desde esta perspectiva, habrá de examinarse, por un lado, la posición del sujeto agente en ese mercado particular, su poder económico y las relaciones desplegadas en el tráfico económico; y por otro, la situación del sujeto pasivo que, según el tenor literal del precepto examinado, ocupará el rol de cliente o proveedor, lo que exigirá atender y valorar su capacidad de negociación con el agente desleal, la posibilidad de desvincularse de las condiciones contractuales o económicas ofrecidas y, correlativamente, la

necesidad de someterse a las directrices marcadas por quien posee y ejercita un poder económico en ese mercado concreto <sup>14</sup>.

En este sentido, resulta palmaria la situación de dependencia cuando concurre la circunstancia apuntada por el propio legislador en la norma objeto de estudio; a saber: que las empresas clientes o proveedores «...no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad...». Constituye una situación que habrá de valorarse en términos reales y efectivos dentro de las coordenadas de espacio y tiempo de referencia. En efecto, podrá constatarse esta situación de dependencia no sólo cuando no existe una alternativa comercial para el desarrollo de su actividad económica en el mercado, esto es, cuando no existe otras fuentes de aprovisionamiento u otras fuentes de pedidos; sino también cuando, existiendo una alternativa, ésta no sea equivalente a la de referencia, lo que pivota –a su vez- sobre dos circunstancias cumulativas; a saber, que la alternativa no sea suficiente, en el sentido que, atendido su número y estructura, los clientes y proveedores no puedan sustituir los suministros y pedidos de la empresa cuyo poder económico se examina; y que la alternativa no sea razonable, es decir, que su utilización reporte a la empresa cliente o proveedor unos altos costes u otro tipo de desventaja competitiva que no deba asumir.

En todo caso, y para facilitar su constatación, el legislador ha incluido una presunción al final del párrafo segundo del artículo 16, donde afirma que se presumirá la situación de dependencia «...cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares».

Y en tercer lugar, el supuesto de hecho de la norma descansa finalmente en un último parámetro relativo a que la empresa con una situación de supremacía desarrolle una actividad consistente en la explotación de un determinado estado de cosas, esto es, en la obtención de una utilidad o provecho de una situación concreta que, en este caso, el legislador identifica claramente; a saber: la carencia por parte del sujeto pasivo de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Es precisamente esta carencia del sujeto pasivo la que coloca al sujeto agente en una situación de supremacía respecto del otro, cuya explotación le permite obtener algún tipo de beneficio o ventaja. O dicho en otros términos, la conducta calificada de desleal es aquélla que produce un aprovechamiento de esa situación anotada que, no hallándose justificada objetivamente, ocasiona un beneficio al sujeto activo en perjuicio del pasivo.

### **Contenido de la conducta contemplada en el artículo 16.3°**

Con el objetivo de concretar el ámbito de aplicación de la norma indicada en el epígrafe, se hace necesario –una vez más- volver sobre su tenor literal. Y, en este sentido, una lectura detenida de la misma nos revela cuáles son los parámetros sobre los que pivotan los dos supuestos de hecho contenidos en las dos letras en que queda dividido el citado precepto.

En este sentido, y en lo que hace a la letra a), debe apuntarse que nos encontramos ante otro supuesto de explotación de la situación de dependencia. En esta ocasión, consiste en la extinción unilateral de las relaciones comerciales de forma total o parcial, lo que revela nítidamente la posición de superioridad económica en el mercado del sujeto activo. Sin embargo, además de esta extinción de las relaciones comerciales mantenidas hasta la fecha con el sujeto pasivo, el legislador ha exigido además una serie de requisitos adicionales. Obsérvese, en este sentido, cómo el legislador ordena que dicha ruptura se lleve a cabo sin haber mediado un preaviso, por escrito y con una antelación mínima de seis meses, donde se exponga la intención de poner fin a la relación comercial. Constituyen, pues, dos requisitos que, además de sugerir una vez más la relación vertical o de dependencia existente entre los operadores económicos activo y pasivo de la conducta, condicionan la calificación de la conducta. Y es que la deslealtad del comportamiento gira en torno a la inobservancia de ambas condiciones. En efecto, aun cuando la ruptura de las relaciones comerciales debe considerarse libre, lo cierto es que su práctica incumpliendo las condiciones anotadas implica su calificación como acto de competencia desleal.

Sin embargo, el legislador recoge algunos supuestos en los que la ruptura de las relaciones comerciales está totalmente justificada y, por tanto, resulta imposible realizar un reproche de deslealtad. Léase, en este sentido, el inciso final del precepto, donde se considera desleal la citada ruptura «...salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor». Resulta evidente, por tanto, la licitud de la conclusión unilateral de las relaciones comerciales cuando sea debida bien a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por parte del sujeto pasivo que denuncia la ruptura de la relación comercial, o bien a un supuesto de fuerza mayor que impida seguir manteniendo la relación comercial (como, por ejemplo, un incendio o inundación fortuitos que ocasionen la pérdida total de la empresa). En este sentido, son sumamente clarificadoras las palabras contenidas en la Sentencia

de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de marzo de 2008 <sup>15</sup> cuando afirma que

...el orden lógico de su tratamiento, determina iniciar por el examen de si la resolución del contrato verbal de distribución en exclusiva que vinculaba las sociedades litigantes y cuya calificación ya no es objeto de controversia en esta alzada, fue debido al incumplimiento de las obligaciones principales de la entidad demandante, pues de concluirse afirmativamente, hubiese justificado la innecesaridad de cumplir con preaviso alguno. El preaviso tiene por fundamento evitar, en contratos de tiempo indefinido, conductas resolutorias sorpresivas y abusivas para posibilitar que el agente pueda realizar las previsiones lógicas en su propia actividad comercial ante el fin contractual, como a título de ejemplo puede ser la reducción de gastos, búsqueda de otros productos sobre los que agenciar, etc., disponiendo de dicho plazo; pero no se articula para resolver un contrato de distribución por incumplimiento de obligaciones esenciales que faculta a resolver el negocio jurídico sin necesidad de dar un plazo de preaviso....

Por lo que se refiere a la letra b), nos encontramos ante otra modalidad típica de explotación de dependencia económica consistente en «la obtención, bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado».

Si realizamos un análisis sosegado del precepto, podemos entresacar una serie de consideraciones que ayudarán a concretar su ámbito de aplicación. En este sentido, y de un lado, resulta evidente que, por expreso llamamiento del legislador, la conducta se debe desarrollar necesariamente en un contrato de suministro. De otro lado, cabe subrayarse que la obtención de unos beneficios determinados deriva necesariamente de la amenaza la ruptura de las relaciones comerciales. Es precisamente la intimidación ejercida sobre el sujeto pasivo que se encuentra en una situación de inferioridad en el mercado la que operará como elemento determinante y decisivo del reproche desleal, resultando irrelevante a estos efectos que se produzca la efectiva ruptura de las relaciones comerciales. O dicho en otros términos, la deslealtad de la conducta exige únicamente que se induzca el temor a la ruptura a través de la intimidación del sujeto agente, con independencia de que se produzca efectivamente aquélla.

Por último, debe subrayarse que, a través de esta inducción de miedo a la ruptura de la relación comercial, el precepto exige que se produzca un beneficio a favor del sujeto agente a costa del sujeto pasivo, cuya naturaleza puede ser variada. Obsérvese, en este sentido, cómo el tenor literal de la norma se refiere a un abanico amplio de beneficios, al aludir expresamente a «...precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial...». Es por ello que, a nuestro juicio, bajo el tenor literal de la norma, debemos entender incluido cualquier aspecto de la relación comercial que reporte un beneficio al sujeto activo en perjuicio del sujeto pasivo de la misma.

## ACCIONES JUDICIALES A EJERCITAR

Una vez examinadas las conductas desleales contenidas en los párrafos segundo y tercero del artículo 16 LCD, estamos en disposición de indicar cuáles son los resorte procesales previstos por nuestro legislador para reaccionar contra las mismas. Y, en este sentido, ha de partirse de la legitimación activa del agraviado por una conducta del género conforme al artículo 33.1° LCD. En efecto, según el dictado de este precepto, el agraviado goza de legitimación activa, al reconocer ésta a favor de «...(c)ualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal...». Por su parte, la legitimación pasiva recaerá contra el agente de la conducta conforme el párrafo primero del artículo 34 cuando ordena que «las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización...».

Por lo que se refiere a las acciones judiciales a entablar, la demanda habrá de contener, con carácter principal, el ejercicio de las acciones judiciales previstas en la versión recientemente modificada de la Ley 3/1991. Según este cuerpo normativo, las acciones judiciales a entablar son aquéllas contenidas en el nuevo artículo 32; a saber, la acción declarativa, de cesación, de remoción de los efectos y de resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados por la conducta desleal.

Lógicamente, como consecuencia de verificarse estas conductas desleales en el ámbito de una relación contractual, creemos que el sujeto agraviado por aquéllas podría, con carácter subsidiario, ejercitar también de forma cumulativa otras acciones judiciales derivadas de la infracción contractual. Obsérvese que, proliferando la conducta desleal en el ámbito de

relaciones comerciales con proveedores o clientes, puede suceder que una conducta desleal descansa sobre una infracción contractual, lo que avalaría para entablar las acciones judiciales previstas para estos supuestos. De hecho, y aun cuando pueda suscitar un problema de competencia judicial objetiva, constituye una estrategia procesal que permitiría, en cierta medida, asegurar un pronunciamiento judicial favorable a los intereses de la parte perjudicada.

## CONCLUSIONES

Para finalizar, creemos interesante concluir con un elenco de las principales ideas sobre las que ha girado nuestra exposición.

En primer lugar, resulta evidente que el libre y simultáneo ejercicio de la citada libertad constitucional por miembros de una comunidad humana ocasiona necesariamente que el mercado de producto o servicio resultante venga a responder a un modelo económico de competencia imperfecta. Se trata de una situación que no ha pasado desapercibida para nuestros legisladores comunitario y estatal (y más recientemente para el legislador autonómico). Antes al contrario, si realizamos un repaso de nuestro ordenamiento jurídico, encontramos una serie de hitos normativos que, desde diferentes perspectivas, tienen a la competencia empresarial como objeto de regulación, lo que permite afirmar la existencia de un sector normativo ubicado en la disciplina de Derecho Mercantil que es conocido bajo la denominación de Derecho de la Competencia, y cuya estructura queda definida con un doble bloque normativo: Derecho *antitrust* y Derecho de la Competencia Desleal.

En segundo lugar, y en lo que hace al Derecho de la Competencia Desleal, constituye un régimen que se encuentra condensado en la Ley 3/1991. Se trata, pues, de un instrumento normativo adoptado por nuestro legislador para la represión de aquellos comportamientos empresariales de carácter abusivo desarrollados en el mercado, lo que se realiza –como expresamente asevera su artículo 1- «...en interés de todos los que participan en el mercado...». Y es que, presentándose como una exigencia general de ordenación del mercado, este cuerpo normativo supera el preexistente modelo profesional e implanta correlativamente un modelo social de competencia.

En tercer lugar, debe subrayarse que la Ley 3/1991 viene a utilizar un doble parámetro para determinar la deslealtad de un comportamiento. Y es que, despreciando aquéllos más propios del modelo profesional (normas de

corrección profesional, buenos usos mercantiles o usos honestos en materia industrial y comercial), los ha sustituido por un doble expediente netamente objetivo (cláusula general prohibitiva y conductas desleales típicas), cuya relación recíproca queda definida por el carácter autónomo y subsidiario de la cláusula general.

En cuarto lugar, y tras realizar el repaso por los actos desleales típicos, hemos constatado que el abuso de la posición de dominio en el mercado se encuentra contenido en el artículo 16.2° que, bajo el título “*explotación de la situación de dependencia*”, se orienta hacia la protección progresiva de un doble interés. Y es que, además del interés general relativo al orden concurrencial del mercado, el precepto indicado satisface también de una forma mediata o indirecta el interés particular de los operadores económicos que se encuentra en una situación de desprotección frente a aquellas empresas que, por su poder económico, pueden exigirles unas condiciones y conductas que, en otras circunstancias, no se ofrecerían, y cuya causa se encuentra precisamente en el desequilibrio existente entre ambas empresas.

En quinto y último lugar, ha de subrayarse que, para la satisfacción progresiva de los interés indicados en el punto anterior, nuestro legislador ha calificación como conductas desleales unas serie de comportamientos que, en síntesis, consisten en la explotación por una empresa de su situación de superioridad y posición de supremacía respecto de otras. En esta circunstancias, cualquier acto de explotación de esta dependencia que, reportando un beneficio para la empresa agente, implique un perjuicio para el sujeto pasivo de la acción será calificado como desleal. Entre ellos, el legislador ha previsto expresamente sendos supuestos. De un lado, la ruptura unilateral de las relaciones comerciales sin preaviso por escrito y con una antelación mínima de seis meses, y sin haber mediado causa justificativa de la misma. Y de otro lado, la obtención de una serie de ventajas competitivas en la relación comercial bajo la intimidación de la ruptura de aquélla.

## NOTAS

<sup>1</sup> El autor desea dejar constancia de su agradecimiento, por un lado, a la Dra. Raiza Andrade Editor-jefe de la revista y Coordinadora del Postgrado en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes, como consecuencia del ofrecimiento a colaborar en esta publicación especializada y aceptación del trabajo, esperando que constituya el inicio de una mutua colaboración entre las Universidades en las que desarrollamos nuestras respectivas actividades docente e investigadoras. Pero además, y por otro lado,

el autor quiere dejar testimonio igualmente de su gratitud a la Oficina Española de Patentes y Marcas por el apoyo ofrecido a la Universidad de Jaén en la consolidación y fortalecimiento de una línea de investigación en el ámbito del Derecho Industrial.

<sup>2</sup> El Derecho núm. 26/2006.

<sup>3</sup> Debe anotarse que recientemente se ha producido una modificación sustancial del régimen jurídico de la competencia desleal en España. Y es que, con el deseo de implementar una serie de Directivas comunitarias orientadas hacia la protección de los consumidores, nuestro legislador se ha visto compelido a modificar necesariamente, y de una forma relevante, una serie de Leyes, entre la que se encuentra la Ley 3/1991, lo que se ha ejecutado a través de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE núm. 315, de 31 de diciembre), cuya entrada en vigor se ha producido al día siguiente de su publicación.

<sup>4</sup> AC 2000/1665.

<sup>5</sup> RJ 2001/9441. En el mismo sentido, se muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998.

<sup>6</sup> Massaguer, (1999), p. 152.

<sup>7</sup> AC 2004/857.

<sup>8</sup> Consúltese, por ejemplo, la Sentencia de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007/3607).

<sup>9</sup> JUR 2004/89412.

<sup>10</sup> AC 2004/423.

<sup>11</sup> JUR 2007/210488.

<sup>12</sup> JUR 2000/192149.

<sup>13</sup> Massaguer, (1999), p. 475.

<sup>14</sup> Sobre este extremo nos parece muy interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de diciembre de 2002.

<sup>15</sup> *El Derecho* núm. 99/2008.

## REFERENCIAS

- Alonso Soto, R., (2009), en AA.VV. (dir. Menéndez Menéndez), *Lecciones de derecho mercantil*, 7ª edic., pp. 243-283. Editorial Marcial Pons.
- Alonso Soto, R., (2006), en Uría-Menéndez, *Curso de derecho mercantil*, 2ª edic., pp. 373-298. Editorial Civitas.
- Barona Vilar, S., (2008), *Competencia desleal*, vol. I, Valencia.
- Broseta Pont y Martínez Sanz (2009). *Manual de derecho mercantil*, vol. I, 19ª edic., Madrid.
- Illescas Ortiz, R., (2009), en AA.VV. (coord. Jiménez Sánchez), *Derecho mercantil*, vol. I, 13ª edic., Barcelona, pp.789-798. Editorial Ariel.
- Massaguer Fuentes, J., (1999). *Comentario a la ley de competencia desleal*, 1ª edic., Madrid: Editorial Civitas.
- Menéndez Menéndez, A., (1988). *La competencia desleal*, Madrid.
- Sánchez Calero y Sánchez Calero Guilarte, (2009). *Instituciones de derecho mercantil*, vol. I, 32ª edic., Madrid.

- Sánjuan Muñoz, E., (2008). *Discriminación y dependencia económica* en AA.VV. (coord. Sanjuán), *Competencia de los juzgados de lo mercantil*, pp. 154-157. Valencia: Editorial Tirant Loblanch.
- Vicent Chuliá, F., (2008). *Introducción al derecho mercantil*, 21ª edic., Valencia.
- Villagómez Rodil, A., (2006). *Competencia desleal*, 2ª edic., Granada.