**DERECHO MERCANTIL**

**TEMA 17**

**DERECHO DE LA COMPETENCIA. COMPETENCIA ILÍCITA Y COMPETENCIA DESLEAL; DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. PARTICULAR REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD Y EL CONSUMO.**

**DERECHO DE LA COMPETENCIA.**

El artículo 38 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, uno de cuyos principios básicos es la libre competencia, que tiene como presupuesto la libertad de iniciativa económica de los empresarios y de elección por parte de los consumidores, y cuya finalidad última es garantizar el buen funcionamiento del mercado y el orden público económico.

La protección de la libre competencia se orienta a la defensa de la competencia, la proscripción de la competencia desleal y la prohibición de la publicidad ilícita.

La defensa de la competencia es un objetivo esencial de la Unión Europea como instrumento para garantizar la creación de un mercado único, estando regulada por los artículos 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 25 de marzo de 1957 y diferentes normas del derecho derivado, como el Reglamento Europeo de Concentraciones de 20 de enero de 2004.

Con base en las normas europeas, el derecho español de la competencia está conformado fundamentalmente por las siguientes normas:

1. La Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991.
2. La Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007, desarrollada por su reglamento de 22 de febrero de 2008.
3. La Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988.
4. Los artículos 283 bis a) a k) de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que regulan las especialidades en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia.

**COMPETENCIA ILÍCITA Y COMPETENCIA DESLEAL; DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.**

**Competencia ilícita y competencia desleal.**

Se entiende por competencia ilícita la que se produce en la actividad mercantil y empresarial con infracción de las reglas que disciplinan la concurrencia en el mercado, lo que tiene lugar en los siguientes casos:

1. En los casos de competencia prohibida, cuando se infringe una expresa prohibición de no competir establecida legal o contractualmente.
2. En los casos de competencia desleal, cuando se emplean medios o procedimientos desleales, con abuso de la libertad de competencia.

Desde esta perspectiva, la Ley de Competencia Desleal tiene por finalidad la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, reputando desleal todo comportamiento que se realice en el mercado y con fines concurrenciales que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Esta cláusula general es desarrollada mediante la tipificación de una serie de actos concretos de competencia desleal, entre los que destacan los siguientes:

1. Actos y omisiones engañosas.
2. Actos de confusión o de imitación.
3. Actos de comparación o denigración.
4. Actos de agresión como la explotación de la reputación ajena, la violación de secretos empresariales o la inducción a la infracción contractual.
5. Discriminación del consumidos en materia de precios y condiciones de venta.
6. Explotación de la situación de dependencia económica
7. Venta a pérdida.
8. Publicidad ilícita.

Para garantizar la represión de la competencia desleal se reconocen las siguientes acciones, las cuales se ventilan en juicio ordinario:

1. Declarativa de deslealtad.
2. De cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura.
3. De remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.
4. De rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
5. De resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal.
6. De enriquecimiento injusto.

**Defensa de la competencia.**

La Ley de Defensa de la Competencia regula tres instrumentos de defensa de la competencia, a saber:

1. Las conductas restrictivas prohibidas, teniendo tal consideración:
2. Las conductas colusorias, por lo que se prohíbe “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”, los cuales serán nulos de pleno derecho.

En particular, se prohíben los actos que consistan en:

* + - La fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
    - La limitación o el control de la producción, la distribución o las inversiones.
    - El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
    - La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.
    - La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con su objeto.

1. El abuso de posición dominante, prohibiéndose la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional, como la imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos o la negativa injustificada a satisfacer demandas.
2. El falseamiento de la libre competencia por actos desleales que afecten al interés público.

No obstante, están exentas de estas prohibiciones las conductas que resulten de la aplicación de una ley, las que por su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia, y las que contribuyan a mejorar la producción o a promover el progreso técnico o económico.

1. El control de concentraciones económicas, que se producen cuando tiene lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de fusiones, adquisiciones o actos que produzcan un efecto análogo.

De esta forma, deben notificarse previamente a su ejecución a la Comisión Nacional de Mercados y Competencia las concentraciones que superen los umbrales previstos en función de la cuota del mercado relevante del producto o servicio de que se trate y el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes en la concentración.

Se exceptúan, no obstante, aquellas concentraciones que, por su afectación al mercado único europeo, son controladas por la Comisión Europea.

Una vez notificada la operación, y tras la tramitación del procedimiento regulado, la Comisión Nacional de Mercados y Competencia dictará resolución en la que autorizará la concentración, la subordinará al cumplimiento de determinados compromisos o la prohibirá.

En estos dos últimos casos, la resolución no será ejecutiva ni pondrá fin a la vía administrativa hasta que el ministro de Economía haya resuelto no elevar la concentración al Consejo de Ministros o haya transcurrido el plazo de quince días de que dispone para hacerlo o, en caso de que eleve la concentración al Consejo de Ministros, hasta que éste haya adoptado un acuerdo sobre la concentración o haya transcurrido el plazo de un mes de que dispone para hacerlo.

1. Las ayudas públicas, cuyos posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados son analizados por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia.

Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que “salvo que los tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

No obstante, se exceptúan ciertas ayudas, como las de carácter social, las destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales, o las destinadas a favorecer el desarrollo económico de determinadas regiones, así como las denominadas ayudas *de minimis*, que por su escasa cuantía no son susceptibles de distorsionar la competencia.

El Tratado establece la obligación de los Estados miembros de notificar a la Comisión el proyecto de ayudas, sin que el Estado pueda ejecutar las medidas proyectadas hasta que la Comisión no se pronuncie.

**Órganos de defensa de la competencia.**

Dejando a un lado los órganos de defensa de la competencia que pueden crear las Comunidades Autónomas, y cuya relación con los del Estado se rige por la Ley de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia de 21 de febrero de 2002, y al margen de la intervención del Consejo de Ministros en las operaciones de concentración, ante examinada, el órgano esencial de defensa de la competencia es la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, que es un organismo público que se rige por su Ley de creación de 4 de junio de 2013 y por Estatuto Orgánico de 30 agosto 2013.

La Comisión tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos.

Tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado, estando sometida al control parlamentario y judicial.

Sus funciones más destacadas son las siguientes:

1. Supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos.
2. Realizar las funciones de arbitraje, que le sean sometidas por los operadores económicos o le encomienden las leyes.
3. Aplicar la Ley de Defensa de la Competencia en materia de conductas restrictivas de la competencia prohibidas, control de concentraciones y ayudas públicas.
4. Ejercer la potestad sancionadora por las infracciones tipificadas en la Ley.
5. Aplicar en España la normativa europea sobre defensa de la competencia y colaborar con la Comisión Europea y los órganos de defensa de la competencia de los Estados miembro.
6. Realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos.

Actúa asimismo como órgano consultivo y está legitimada para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos y disposiciones de las Administraciones Públicas de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Su estructura está compuesta por un presidente, un consejo y varias direcciones, entre ellas la de Competencia.

**PARTICULAR REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD Y EL CONSUMO.**

**Particular referencia al régimen de la publicidad.**

La Ley General de Publicidad considera publicidad ilícita a la siguiente:

1. La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución.

Se entenderá incluida en esta previsión la publicidad que presente a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, y la que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre los menores de edad, o fomente estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, así como la que promueva la prostitución.

1. La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores.
2. La publicidad subliminal.
3. La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.
4. La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

La publicidad ilícita es considerada como competencia desleal, y contra ella se pueden ejercitar las acciones que pueden ejercitarse contra la competencia desleal.

**Particular referencia al consumo.**

El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007 establece sujeta a la misma y a la Ley de Competencia Desleal y a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a los consumidores y usuarios, considerando como tales prácticas todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial.

José Marí Olano

5 de diciembre de 2022