

La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo

The relationship between Unfair Competition Law and Competition Defense Law in Spanish Law after Directive 2014/104/UE transposition into national Law and recent Supreme Court rulings

Gustavo Andrés Martín Martín

Doctorando, Derecho Privado Patrimonial, Universidad de Salamanca. Becario Max Planck Institute for Innovation and Competition

Juez titular, Juzgado Primera Instancia e Instrucción nº 2 San Clemente (Cuenca).
Plaza De la Iglesia S/N, 16600 San Clemente, España

egocarpediem@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-0685-4432>

Diciembre de 2017

RESUMEN: La relación entre Competencia Desleal y Defensa de la Competencia ha sido objeto de continua discusión en Derecho español desde la adopción de la Ley de 1963 de represión de prácticas restrictivas de la competencia. A día de hoy, la doctrina admite sin dudas la unidad interna de la disciplina del Derecho de la Competencia. Sin embargo, esta relación tiene todavía importantes cuestiones por responder. Una de ellas es la relación entre las acciones basadas en la Ley de Competencia Desleal y aquellas basadas en la Ley de Defensa de la Competencia, teniendo en cuenta que el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal recoge como tipo desleal la infracción de normas concurrenciales. Tradicionalmente, se ha considerado como “normas concurrenciales” aquellas normas contenidas en los artículos 101 y 102 TFUE (artículos 1 y 2 LDC) y todas aquellas que, al margen de su naturaleza civil o administrativa, configuran de forma directa la estructura del mercado y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los agentes que operan en el mismo, dirigidas a promover o asegurar las prestaciones propias o de un tercero. A lo largo del presente artículo, defendemos el distinto objeto de ambas disciplinas en la aplicación del artículo 15.2 LCD. De esta forma, el artículo 15.2 no se encuentra previsto para la sanción de los ilícitos antitrust.

PALABRAS CLAVE: Competencia Desleal; Defensa de la Competencia; artículo 15.2 LCD; simple infracción; normas concurrenciales; Directiva 2014/104/UE.

ABSTRACT: The relationship between Unfair Competition Law and Competition Protection Law has been a continuous discussion in Spanish Law since the inception of 1963 Act for prevention of restrictive practices on competition. Today, Spanish scholars admit without hesitation the inner unity of the discipline “Competition Law”. However, this relationship has still some important questions to be answered. One of them is the relationship between actions based on Unfair Competition and those based on Competition Law, giving that article 15.2 Unfair Competition Act (Ley de Competencia Desleal) provides actions in cases of violation of competitive rules. Traditionally, it has been considered by “competitive rules” the rules set in articles 101 and 102 TFEU (articles 1 and 2 LDC) and all those which, being irrelevant their administrative or civil nature, set up directly the market structure, strategies and competitive conduct of market agents, addressed to promote or guarantee their own services or a third party ones. Throughout the present paper, we defend de distinct object of the both disciplines in the application of article 15.2 LCD. For, article 15.2 LCD is not designed to control antitrust infringements.

KEY WORDS: Unfair competition; Antitrust Law, article 15.2 Unfair Competition ACT (LCD); simple infringement; competitive rules; Directive 2014/104/UE.

SUMARIO:

1. Breve referencia a la relación entre Competencia Desleal y Defensa de la Competencia en Derecho español.
 2. Contenido y estructura del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal 3/1991: la infracción de normas como ilícito desleal.
 - 2.1. Subtipo del ap.1 del artículo 15 LCD: la violación de normas no concurrenciales.
 - 2.2. Subtipo del ap. 2 del artículo 15 LCD: la violación de normas concurrenciales.
 - a) El adjetivo "simple" y la diferente interpretación que venían realizando Juzgados y Tribunales de instancia sobre el valor de la presunción establecida en el artículo 15.2 LCD
 - b) El Asunto www.pokerstars.com [TS 2017] y la naturaleza del ilícito por deslealtad del artículo 15.2 LCD.
 - c) definiendo la naturaleza de la regla contenida en el artículo 15.2 LCD.
 3. La violación de normas antitrust como ilícito desleal.
 - 3.1. La tipificación de las conductas de minimis como ilícitos desleales.
 - 3.2. El control de las conductas de minimis se realiza exclusivamente a través de la Ley de Defensa de la Competencia, sin que pueda admitirse el recurso al artículo 15.2 LCD.
 4. Un error de partida: Ley de Defensa de la Competencia no es de naturaleza exclusivamente ius-publicista.
 5. El ámbito de protección de la normativa de Competencia Desleal y de Defensa de la Competencia.
 6. Conclusión
- Bibliografía
- Jurisprudencia

1. Breve referencia a la relación entre Competencia Desleal y Defensa de la Competencia en Derecho español

La relación entre defensa de la competencia y competencia desleal tiene caracteres propios en Derecho español. La relación se remonta ya al año 1963, cuando la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (BOE 23/07/1963)X, prohibió como prácticas concertadas (art.1) o abusivas (art. 2) aquellas que, en particular, consistieran en *desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores* (art. 3.d)¹. Con la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se creaba un nuevo ilícito antitrust, que tomaba como antecedente aquél 3.d) de la Ley de 110/1963 y lo constituía en un tipo autónomo frente al carácter declarativo de la anterior².

Parece existir así una remisión recíproca en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE de 11/01/1911) y en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4/07/2007) a la disciplina hermana. En la Ley de Defensa de la Competencia, el artículo 3 prevé como infracción competitiva el *falseamiento de la libre competencia por actos desleales* que afecten al interés público. Por su parte, el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal prevé como ilícito desleal la violación de normas y, en particular, el subtipo del apartado 2, la violación de normas concurrenciales. Por normas concurrenciales se entiende aquellas que, al margen de su naturaleza civil o administrativa, configuran de forma directa la estructura del mercado y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los agentes que operan en el mismo, dirigidas a promover o asegurar las prestaciones propias o de un tercero. Con carácter general se ha entendido que, entre estas, han de encontrarse las normas recogidas en los artículos 1 y 2 LDC o 101 y 102 TFUE.

Hoy se admite la unidad sistemática del Derecho de la competencia que comprendería de sus dos ramas, el derecho de Defensa de la competencia y el Derecho de la competencia desleal, pero se discute si las soluciones dadas por el legislador han sido acertadas³. Incluso, parece,

¹ Tanto el literal de la Ley como la doctrina mayoritaria y el propio TDC consideraron que el art. 3.d) no podía sino tener un carácter ilustrativo dentro de la enumeración *numerus apertus* el propio artículo significaba. No faltaron quienes vieron en el artículo ciertas posibilidades para la apertura de la disciplina de la competencia desleal. Sobre la discusión, véase, ANTONIO ROBLES MARTIN-LABORDA, *Libre competencia y competencia desleal: examen del artículo 7 de la ley de Defensa de la competencia*, Madrid, La Ley, 2001, pp. 188 – 199.

² MAURICIO TRONCOSO Y REIGADA, *El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust. (Reflexiones en torno al art. 7 LCD)*. En Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez. Vol. 1, Madrid, Civitas, 1996. págs. 1039-1041.

³ Destacan por su encarnizamiento MIRANDA SERRANO y FONT GALÁN, quienes al tratar la conexión funcional entre ambas disciplinas operada por los artículos 7 LDC y 15.2 LCD, la califican como una manipulación genética con “resultado hereditario monstruoso”, calificando el artículo 7 LDC como un “minotauro concurrencial”... “una estridencia en el sistema de la competencia que es preciso denunciar y desechar” [...]. No menos duro para con el artículo 15.2 LCD del que dice que es “el mismo minotauro pero invertido”. Pasan luego a nominarlos *monstruitos*. Véase LUIS MARIA MIRANDA SERRANO y JUAN IGNACIO FONT GALÁN *Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales*. En Estudios de Derecho de la competencia, Madrid, Marcial Pons, 2005. págs. 9-48. Y también en su monográfico (aunque sin tanta crudeza

podríamos llegar a construir el Derecho de la competencia, tanto en la vertiente de la Defensa de la Competencia como de la Competencia Desleal, desde el prisma de la buena fe, como principio rector de la actuación de las empresas en el mercado.

Dedicaremos aquí unas páginas al artículo 15.2 LCD y su conexión con el sistema de ilícitos anticoncurrenenciales tipificados en la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007.

2. Contenido y estructura del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal 3/1991: la infracción de normas como ilícito desleal

Recoge el citado apartado una de las conductas del ilícito desleal conocido como ilícito por *violación de normas*⁴, en el que el bien jurídico tutelado no es otro que el propio mercado. Se divide en tres apartados que sancionan realmente dos conductas: a) la violación de normas no concurrenenciales; b) la violación de normas concurrenenciales⁵. El artículo 15 de la ley 3/1991 de Competencia Desleal tiene por fin garantizar la *isonomía* de todos los agentes que participan en el mercado, lo que es fundamento de la libre competencia⁶. Así, como señalaba BERCOVITZ, “la libre competencia en el mercado parte de la base según la cual todos los competidores deben cumplir las obligaciones legales que les corresponden. Por ello quien compite violando las normas legales que debería cumplir se sitúa en una posición ventajosa frente al resto de los participantes en el mercado que compiten con él”⁷. La finalidad no es la de añadir una sanción a las previstas en las normas vulneradas ni garantizar, así, el cumplimiento del ordenamiento jurídico por todos los participantes en el mercado, sino que, para salvaguardar el principio de libertad de competencia impidiendo que pueda resultar falseado por prácticas desleales, persigue evitar que la infracción se emplee como medio para lograr una ventaja competitiva (STS Sala 1ª de 7 marzo 2012).

Aunque no falta quien ha considerado que el artículo 15 LCD vela por la transparencia del mercado, a fin de que los operadores económicos puedan concurrir al mismo desde su propia

calificativa) LUIS MARIA MIRANDA SERRANO y JUAN IGNACIO FONT GALÁN. *Competencia desleal y "antitrust": sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

⁴ Como señalaba la SAP, Sec. 15, Barcelona, de 26 de enero de 2000 (ROJ: SAP B 793/2000, ECLI:ES:APB:2000:793), [trata] ese precepto, en sus dos párrafos, de asegurar un funcionamiento correcto del mercado, conforme a las reglas de la eficiencia, y lo hace mediante el expediente de sancionar la obtención de posiciones de ventaja logradas con la infracción de normas, ya porque con ella obtiene el infractor una ventaja o, si se quiere, se causa una desventaja a quienes cumplen *par conditio concurrentium*, ya porque los preceptos violentados son precisamente los que establecen las reglas por las que se ha de regir el propio mercado.

⁵ El apartado 3 del artículo 15 LCD recoge la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar pero no como un ilícito en sí mismo sino, con carácter declarativo, como conducta subsumible en el ilícito de violación de normas concurrenenciales. Este último apartado fue introducido por el artículo quinto de la L.O. 14/2003, de 20 de noviembre y pretende solventar cualesquiera dudas que pudiera existir sobre la naturaleza (concurrential o no concurrential) de las normas jurídicas de referencia (legislación de extranjería sobre autorizaciones para trabajar).

⁶ Como decía la SAP Tarragona, Secc. 1ª, de 6 octubre 2009 (ROJ: SAP T 1352:2009, ECLI:ES:APT:2009:1352), [...] la función del precepto no es preservar el cumplimiento del conjunto del ordenamiento jurídico por parte de los diversos agentes que participan en el mercado, sino la igualdad de los operadores económicos (oferentes y demandantes) que actúan en el mismo.[...]

⁷ ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, 7ªed, Pamplona, Aranzadi, 2006. p. 377-379.

eficiencia (SAP Tarragona de 6 octubre 2009 -EDJ 2009/281799-), no nos parece que la transparencia del mercado sea el fin del ilícito. Dos son los argumentos principales. El primero, que no es la línea seguida por la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, que en la Sentencia STS, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 2017⁸ (Asunto www.pokerstars.com [2017]) vuelve a reiterar que la finalidad del artículo 15 es única, independientemente del subtipo, finalidad que no es la de velar por mercados transparentes sino velar por la *par conditio concurrentium*. En segundo lugar, que la transparencia es más bien un efecto colateral de la competencia efectiva en el mercado y se encuentra protegida por otras normas, como son las prácticas comerciales con los consumidores o usuarios contenidas en los artículos 19 a 31 LCS o la normativa en materia de publicidad de productos y servicios (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, BOE 15/11/1988).

Por ser la violación de normas el ilícito desleal recogido en el artículo 15 LCD podría decirse que el mismo cumple una función de cláusula de cierre del correcto funcionamiento del mercado al implementar por vía indirecta (i.e. generalmente mediante la acción de un competidor) el cumplimiento debido de las normas lo que, sin duda, fortalece la eficiencia de las mismas⁹. Siendo cierto ello, parece necesario destacar que el Tribunal Supremo parece incidir en el objeto directo del ilícito desleal. Y este no es el de asegurar el correcto funcionamiento del mercado realmente pues tal resultado deviene de la aplicación general de la normativa que incide sobre una determinada actividad económica. Recordemos que el artículo 15.2 LCD no es una sanción general añadida. Se trata, en definitiva, de un ilícito tipificado en la Ley de Competencia Desleal y, por tanto, su configuración y entendimiento ha de responder en esencia a ese requisito de deslealtad. Es la deslealtad de la conducta y no la función de aseguramiento del funcionamiento del mercado la que importa.

⁸ Sentencia STS, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 2017 (ROJ STS 1922/2017, ECLI: ES:TS:2017:1922)

⁹ Al respecto, señala CARBAJO CASCÓN que, sin perjuicio de que no constituye el ilícito una sanción general al incumplimiento de concretas obligaciones legales o reglamentarias, sino una sanción diferente [y compatible], "puede decirse también que el ilícito por deslealtad contribuye indirectamente a fortalecer el cumplimiento de dichas obligaciones por los agentes económicos que concurren en el mercado, pues el reproche de deslealtad y la sanción de esa conducta por medio de la Legislación de Competencia Desleal (y, en su caso, por la legislación sobre libre competencia, ex art. 3 LDC 15/2007) podrán sumarse a las sanciones previstas para el incumplimiento de las normas jurídicas en cada caso concreto.". FERNANDO CARBAJO CASCÓN. Artículo 15. Violación de normas. *Artículo 15. Violación de normas*. En Comentarios a la ley de competencia desleal, Pamplona, Aranzadi, 2011, pág. 412. Igual consideración realiza BENJAMÍN PEÑAS MOYANO. *La "violación de normas" concurrentes y no concurrentes como actos de competencia desleal: SAP Zamora, núm. 223/2007, de 25 de octubre*. Revista de derecho de la competencia y la distribución, n.º. 3 (2008), pág. 213, quien refiriendo a GONZALEZ PACHÓN señala que "recuerda la doctrina científica que de este art. 15 de la LCD se ha dicho, dada la generalidad de su redacción, especialmente de sus dos primeros apartados, que es una norma que viene a garantizar el cumplimiento del conjunto del ordenamiento jurídico, ya que logra dar mayor fuerza a la eficacia de las normas jurídicas, sobre todo a las que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial". Se trata, en definitiva, de una compartimentación funcional de potestades entre lo público y lo privado pues, existiendo un interés público ("el correcto funcionamiento del mercado") tutelado por la Ley de Competencia desleal, y siendo función primordial del Estado asegurar el cumplimiento de las normas imperativas, el artículo 15.2 LCD empodera a los particulares para la activación de una sanción privada (la declaración de deslealtad) que reduce los costes de vigilancia en que incurre la Administración pública a la hora de verificar el cumplimiento de la normativa vigente.

2.1. Subtipo del ap.1 del artículo 15 LCD: la violación de normas *no concurrenciales*

El apartado 1 considera desleal *prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes*, advirtiendo a continuación que tal ventaja *ha de ser significativa*. La STS, Sala 1ª, de 24 de junio de 2005 (nº 512/2005, rec. 226/1999) establecía un criterio calificado de sumamente restrictivo y cuestionable por exigir un resultado (la ventaja debe ser un resultado actual aprehensible) y ser contrario la idea general de competencia desleal como contradicción de la buena fe objetiva¹⁰:

[La] mera infracción normativa no constituye por sí sola conducta desleal, ya que se exige que la ventaja competitiva represente efectiva ventaja significativa y al utilizar el artículo el término "prevalerse", se está refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial, debiendo de darse el necesario nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada.

El denunciante en estos casos ha de demostrar además de la infracción de las leyes, que el infractor ha obtenido la ventaja efectiva que le permite una mejor posición competitiva en el mercado, ya que la ventaja concurrencial (significativa) no se presume ni automáticamente se produce por el hecho de infringir las leyes, lo que, de suyo, no reviste carácter desleal. [...].

2.2. Subtipo del ap. 2 del artículo 15 LCD: la violación de *normas concurrenciales*

Tales cuestiones no parecían plantearse, a priori, en el apartado 2. El artículo 15.2 LCD sanciona como desleal la *simple infracción de la normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial* con lo que el tipo excluye los dos elementos que ofrecían dificultades en el apartado anterior en la medida en que, si lo infringido es una norma concurrencial, ya no es necesario acreditar ventaja competitiva ni prevalimiento, sino que basta la mera infracción de las normas jurídicas concurrenciales¹¹. De esta forma, si el prevalimiento de una ventaja competitiva significativa ofrece dudas en la calificación del primer ilícito, ninguna parecía existir en el que aquí nos interesa, de forma que su comisión

¹⁰ ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. Op. cit. p. 378. Sin embargo, como señala CARBAJO CASCÓN "con esta restrictiva configuración del ilícito se intentó evitar que la simple infracción de normas del ordenamiento jurídico pudiera considerarse un acto de competencia desleal, limitando así los ilícitos por deslealtad a aquellas infracciones que procuren ventajas competitivas claras y relevantes de las que se aproveche el infractor o un tercero". FERNANDO CARBAJO CASCÓN. Op. Cit. p.420. Sea lo que fuere, justificado que estuviere, el apartado 1 del artículo 15 contiene cierta antinomia pues exige claramente un resultado. No vale además con cualquier resultado (el prevalimiento de una ventaja) sino que tal ventaja ha de ser además significativa.

¹¹ En relación con ello, se ha dicho por el Tribunal Supremo que mientras el apartado primero de la norma es de naturaleza extensiva pues no atiende al contenido de la norma sino a su forma, el segundo es de naturaleza intensiva pues lo importante es el contenido de la norma. Lo determinante es que tenga "por objeto" la actividad comercial debiendo ser tal objeto directo y no indirecto o reflejo. (STS, sala 1ª, de 16 de junio de 2000 - nº 593/2000, rec. 2478/1995-)

por *simple infracción* de las normas concurrenciales permitía calificar el tipo del apartado 15.2 LCD como un ilícito extracontractual objetivo y de peligro¹².

Por normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial hemos de entender aquellas normas que, al margen de su naturaleza civil o administrativa, configuran de forma directa la estructura del mercado y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los agentes que operan en el mismo, dirigidas a promover o asegurar las prestaciones propias o de un tercero.

Con todo, lo que es claro es que la redacción del apartado 2 supone la existencia de una presunción de algún tipo. La discusión es si se trata de una simple presunción, *iuris tantum*, o por el contrario integra la norma como presunción *iuris et de iure* de forma que la violación de una norma concurrencial determina de forma automática la existencia de una conducta desleal.

a) El adjetivo “simple” y la diferente interpretación que venían realizando Juzgados y Tribunales de instancia sobre el valor de la presunción establecida en el artículo 15.2 LCD

La doctrina mayoritaria venía considerando que el subtipo del artículo 15.2 LCD contenía una presunción *iuris tantum*. De esta forma, señalaba CARBAJO CASCÓN, citando a su vez a la doctrina mayoritaria, que el infractor “podrá evitar el reproche por deslealtad y posibles indemnizaciones por daños y perjuicios si demuestra que la violación de una concreta norma concurrencial no le ha reportado una ventaja competitiva en el mercado, por ejemplo si acredita una situación de incumplimiento generalizado de esa norma entre los operadores del sector; o que no se ha aprovechado de dicha ventaja competitiva, si demuestra que la misma no es de suficiente entidad o relevancia como para falsear la estructura competitiva del mercado, es decir, para producir una alteración significativa en la oferta de bienes y servicios que obligue a los competidores cumplidores de la norma a reaccionar frente a esa situación”¹³.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no se había pronunciado todavía al respecto. Algunas resoluciones quisieron ver un posicionamiento favorable a la existencia de una presunción *iuris tantum* en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 marzo de 2000¹⁴ relativa a la venta de libros con obsequio. Sin embargo, el pronunciamiento no nos parece relevante por haber sido realizado *obiter dicta*. A fin de cuentas, la sentencia en cuestión consideraba

¹² Son objetivos en la medida en que “no es necesario que concurra dolo o culpa en la contravención de normas, ni tampoco que el infractor persiga una finalidad específica con la misma. Son, además, ilícitos de peligro puesto que “la ilicitud tiene lugar ante la mera posibilidad de distorsión del funcionamiento deficiente del mercado, aunque no llegue a producirse”. FERNANDO CARBAJO CASCÓN, Op.Cit. p. 413 y 424.

¹³ Ibid. pág. 425.

¹⁴ STS, Sala 1ª, de 31 marzo de 2000 (nº 352/2000, rec. 2095/1995)

que la venta de libros con obsequio no infringía precepto normativo alguno por lo que no se cumplía ni siquiera el principal elemento del tipo desleal¹⁵.

Mención aparte merecen las sentencias del JMerc Madrid, núm.5, de 28 enero de 2009 SAP Madrid, Secc. 25, de 9 julio 2010, SAP Baleares, Secc. 5, 4 de junio 2015 SAP Baleares, Secc. 5ª, de 15 septiembre 2016 que contienen una cita directa de la de la STS, Sala 1ª, de 23 de mayo de 2005¹⁶ como fundamento de la presunción *iuris tantum* de ventaja obtenida mediante infracción de normas cuando las mismas tengan por objeto regular la actividad concurrencial.

Ahora bien, la cita no era correcta. Nos explicamos. En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 23 mayo de 2005), el Tribunal Supremo manifiesta, refiriéndose al apartado 2, que “[el] cuestionado en su aplicación párrafo del artículo 15, establece una presunción de *ventaja competitiva significativa* si la norma infringida regula la actividad comercial y no otra finalidad tienen las normas que regulan la calidad del producto que se ofrece al mercado”. Ahora bien, el F.J. 14º de la citada sentencia debe ser contextualizado en el marco del recurso de casación que se encuentra resolviendo y de la sentencia de la Audiencia Provincial contra la que tal recurso se interponía. Y la sentencia recurrida en casación era la primera de la tríada de sentencias que de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona en los casos *Castellblanch-Codorniu* [APB-2000], *Yoghourt Griego* [APB-2002] y *APB Metro Directe*

¹⁵ La sentencia, en todo caso, no acierta a distinguir entre los apartados 1 y 2 del artículo 15 LCD, de diferente literal, omite el adjetivo “simple” que precede a infracción de normas concurrenciales y el pronunciamiento relativo a la ventaja significativa no sólo es contrario al propio tipo del ap. 2 sino que, además, se realiza *obiter dicta*. Tal pronunciamiento, por todo ello, no lo consideramos representativo, en la medida en que la sentencia se resuelve con anterioridad al determinar que la venta de libros con cupones de descuento en otros artículos no infringía la normativa en materia de precios de venga al público de libros. Es decir, no existía infracción de normas alguna. Por ello resultaba superfluo calificar una hipotética infracción como de norma no concurrencial o concurrencial y establecer a continuación las consecuencias jurídicas propias de la conducta incardinándola bien en el párrafo 1, bien en párrafo 2. Por ello, cuando el tribunal dice que “[dentro] de estos parámetros es ajustada a la norma la forma de vender los libros de texto con premio, como hizo la recurrente, que no comporta ventaja infractora de ley, ni sería significativa, como exigencia que resulta «a contrario sensu» del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta, lo que hace acogibles los motivos de recurso estudiados” no podemos entender una interpretación del artículo 15.2 LCD sino realmente, del apartado 1, sin que el Alto tribunal haya distinguido aquí con la propiedad que se le exige. De hecho, tal afirmación, que parece exigir a la parte actora la demostración de la ventaja significativa, es contraria a la propia doctrina que identifica en el adjetivo “simple” una presunción *iuris tantum* puesto que sería carga de la parte demandada acreditar lo contrario. Desgraciadamente, el Tribunal Supremo reprodujo la cita con posterioridad al menos en otras dos sentencias, aunque con igual carácter *obiter dicta*, en STS, Sala 1ª, de 4 octubre 2001 (EDJ 2001/103015) en un caso similar relativo a la venta de libros, esta vez de texto, con premio. Igualmente, en caso idéntico, en STS de 20 de octubre de 2002 (EDJ 2002/44513) que parece ser la última sentencia que reproduce tal afirmación. La cita traspasó con mimética desgracia a algunas resoluciones de Audiencias Provinciales. La SAP Guadalajara de 18 enero 2002 (EDJ 2002/5180) repite igual disfunción del desarrollo lógico al señalar que “tampoco se vulneran [...] los descuentos máximos previstos legalmente [...] afirmando nuestro Alto tribunal que no comporta ventaja infractora de la ley, ni sería significativa como exigencia que resulta en “contrario sensu” del artículo 15 de la ley de competencia desleal”. En iguales términos SAP Cádiz, Sec. 7ª, de 18 septiembre de 2000 (JUR 2001\5566). Si la conducta no infringe norma alguna, no resulta necesario valorar la existencia de una ventaja significativa, lo que no exige además el tipo de violación de normas concurrenciales. La falta de distinción lleva a tales declaraciones que parecen exigir la existencia de una ventaja significativa como presupuesto de la violación de normas, cuando este último es el presupuesto normativo y no requisito de ilicitud.

¹⁶ JMerc Madrid, núm.5, de 28 enero de 2009 (ROJ: SJM 11:2009, ECLI: ES:JM:2009:11), SAP Madrid, Secc. 25, de 9 julio 2010 (ROJ: SAP M 12291:2010, ECLI: ES:APM:2010:12291), SAP Baleares, Secc. 5, 4 de junio 2015 (ROJ: SAP IB 1022:2015, ECLI: ES:APIB:2015:1022) SAP Baleares, Secc. 5ª, de 15 septiembre 2016 (ROJ: SAP IB 1610:2016, ECLI: ES:APIB:2016:1610) que contienen una cita directa de la de la STS, Sala 1ª, de 23 de mayo de 2005 (nº 415/2005, rec. 1186/2000)

[APB-2004] ¹⁷. Y todas las sentencias citadas, en particular, la sentencia del asunto APB *Castellblanch-Codorniu* [APB-2000], consideraban que el adjetivo introducía una presunción *iuris et de iure*. El recurso de casación, además, no va dirigido a discutir los requisitos del art. 15. 2 LCD sino a determinar si la subsunción de la infracción cometida en dicho apartado y no en el apartado 1 era correcta, lo que el Tribunal Supremo valida al considerar que “es, sin duda, acertado el criterio de la Sala”¹⁸, por lo que, sacar conclusiones sobre el valor de la presunción establecida en el citado artículo nos parece aventurado e incorrecto pues no era objeto del recurso de casación.

Otras sentencias han sido igualmente contrarias a advertir una presunción *iuris tantum* y se han inclinado por la existencia de una presunción *iuris et de iure* de forma que, cuando la conducta consistía en la infracción de normas concurrenciales, la deslealtad se devenía *per se*, de forma automática. En este segundo grupo hemos de situar la SAP Valencia, Secc. 8ª, de 7 de diciembre de 2002 (ROJ: SAP V 6896/2002, ECLI:ES:APV:2002:6896) que, ante una infracción de normas que tienen por objeto regular la actividad concurrencial en el mercado de jabones para higiene íntima, revoca la sentencia de instancia precisamente porque la Jueza a quo había considerado no acreditada la existencia de una ventaja significativa. La sección 8ª de la Audiencia Provincial corrige tal consideración sobre la base de que al exigirse por el tipo del art. 15.2 LCD la “simple infracción” de normas concurrenciales, el reproche de deslealtad se produce automáticamente una vez advertida la violación de la norma, sin que pueda entrar en juego la excepción de incumplimiento generalizado¹⁹. Véanse también la SAP Burgos (Sección 3ª), de 17 febrero de 2015 (ROJ: SAP BU 99/2015, ECLI:ES:APBU:2015:99); SAP A Coruña (Sección 4ª), de 12 diciembre de 2014 (ROJ: SAP C 3070/2014, ECLI:ES:APC:2014:3070); SAP Barcelona (Sección 15ª), de 6 julio de 2011 (ROJ: SAP B 9944/2011, ECLI:ES:APB:2011:9944).

b) El Asunto www.pokerstars.com [TS 2017] y la naturaleza del ilícito por deslealtad del artículo 15.2 LCD

Como hemos señalado, el Tribunal Supremo no había tenido la ocasión, hasta el momento, de pronunciarse sobre la naturaleza de la presunción recogida en el art. 15.2 LCD y, por ende, sobre la naturaleza de la regla que contiene el ilícito por violación de normas concurrenciales, de ahí la novedad de la misma.

¹⁷ SSAP, Sec. 15, Barcelona, de 26 de enero de 2000 (ROJ: SAP B 793/2000 - ECLI:ES:APB:2000:793) SSAP, Sec. 15, Barcelona, 26 de enero de 2000 (AC\2000\688), de 26 de marzo de 2002 (ROJ: SAP B 13312/2002, ECLI:ES:APB:2002:1312) y de 1 de diciembre de 2004 (ROJ: SAP B 15817/2004, ECLI:ES:APB:2004:15817).

¹⁸ El motivo quinto (artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL 1881/1](#)) acusa la interpretación errónea efectuada por la Sala de la Audiencia sobre el artículo 15-2 de la Ley 3/1991 [EDL 1991/12648](#) . No obstante, tal posición no puede sustentarse ya que es, sin duda, acertado el criterio de la Sala al decir que entre las normas jurídicas que regulan la actividad concurrencial, se encuentran las que imponen determinados requisitos y consiguientes prohibiciones en la producción, elaboración y, designación y comercialización de los vinos espumosos de calidad producidos en regiones determinadas, como es el cava (F.J. 14º, STS Sala 1ª de 23 mayo 2005 -EDJ 2005/83532-)

¹⁹ Así lo dice expresamente en el fundamento jurídico 3º: [...] La actuación de Laboratorios Forenqui SA. no puede legitimarse por el hecho de que otras empresas del sector incumplan esta normativa”.

La STS, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 2017 (ROJ STS 1922/2017, ECLI: ES:TS:2017:1922) da cuenta, por tanto, de la problemática por vez primera. El caso, con todo, resultaba peculiar y dio lugar a una apreciación diferente por parte de los órganos jurisdiccionales que conocieron en la instancia.

Desde el año 2001, la sociedad Reel, radicada en la Isla de Man, ofrecía servicios de juego de póker en línea a través del dominio de internet www.pokerstars.com, servicios que estaban disponibles en castellano y eran accesibles desde España. Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley del juego en 2011 (BOE de 28/5/2011), se constituye en la República de Malta la entidad Reel Spain, con el objetivo de obtener las preceptivas licencias para la actividad de prestación de servicios de juego de póker online a través del dominio www.pokerstars.es. De esta forma, hasta el año 2011, Reel ejerció su actividad en España sin haber obtenido licencia alguna. No obstante, todos los operadores del mercado parecían haber asumido que existía una laguna legal. La propia redacción de la exposición de motivos de la Ley de 2011, nos lleva a pensar que eso era así pues el legislador señala que “la normativa vigente no ofrece una respuesta regulatoria adecuada”, de ahí que fuera necesario “establecer nuevos mecanismos de regulación”. Ni las autoridades iniciaron expediente alguno ni los competidores interpusieron queja, reclamación o demanda de ningún tipo. Tal es el punto que Reel publicitó abierta e intensamente sus servicios incluyendo conocidos patrocinios deportivos.

Con tales antecedentes, tanto el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona como la Sección 15 de la Audiencia Provincial (sec. Especializada)²⁰ llegan a considerar de una forma u otra que la regulación española no prohibía como tal los juegos y apuestas *online* por tratarse de un fenómeno nuevo carente de regulación específica. Hablaba así la Audiencia Provincial de coercibilidad de la norma, lo que implicaba la ausencia del requisito esencial del tipo.

El Tribunal Supremo, sin embargo, llegará a la conclusión contraria. Existía una prohibición general. El hecho de que nadie la observara no afecta a la existencia de una norma jurídica vinculante.

Recuerda el Tribunal que tanto el apartado 1 como el apartado 2 del artículo 15 tienen la misma finalidad, que no se ve afectada por el hecho de que en el primer de ellos se exija la obtención de una ventaja competitiva significativa, exigencia que se omite en el segundo apartado. De esta forma, y encontramos el primer punto relevante, el apartado segundo no tiene “por objeto reprimir la simple infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial” (FJ. 7º ap. 3), sino castigar las conductas desleales que consistan en infracciones normativas que afecten a la isonomía inicial de los competidores “y que faciliten al infractor una ventaja competitiva de la que carecería si se hubiese atendido, como lo hicieron otros competidores, al estricto cumplimiento de las diferentes normas reguladoras de su actividad” (FJ 7º ap. 5).

²⁰ SAP Barcelona, sec. 15, de 26 de junio de 2014 (ROJ: SAP B 8611:2014, ECLI: ES:APB:2014:8611).

La mención de la unidad de fundamento no es baladí. El Tribunal, como se certifica en el ap. 7 del FJ.7º, pretende anclar aquí la existencia de una presunción iuris tantum excluyendo la una regla *per se*.

Desde la unidad de fundamento, el Tribunal Supremo introduce la obtención y prevalimiento de una ventaja competitiva significativa en el ilícito por infracción de normas, independientemente de si nos encontramos ante el subtipo del apartado 1 o del apartado 2. Como señala el Tribunal, “la deslealtad reside en ambos casos en la obtención de una ventaja competitiva mediante la infracción de normas” (FJ 7º ap. 5). La falta de la mención a que el sujeto infractor se prevalega en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de normas en el apartado 2 no es obstáculo para determinar su necesaria concurrencia desde el punto de vista del ilícito desleal (FJ 7º. Ap. 6º).

El Tribunal, con todo, se encuentra con las dificultades derivadas de la propia dicción literal de la norma prevista en el 15.2 LCD. La norma habla de simple infracción de normas concurrenciales, que se opone así a la infracción de normas no concurrenciales. Determinar el valor del adjetivo “simple” es, de esta forma, nuclear para entender el significado de la regla prevista en el apartado 2.

El Tribunal Supremo considera que en el caso concreto de la prestación de servicios online existía una regla imperativa, general y coercible. Sin embargo, la regulación se encontraba obsoleta hasta el punto de que ninguna autoridad inició expediente sancionador alguno. A ello se unía el hecho de que entre los competidores existía una clara consciencia de que podían ofrecer en España aquellos servicios online sin necesidad de contar con autorización alguna por parte de autoridades nacionales. Estas circunstancias, excepcionales, dice el Tribunal Supremo, son las que determinan que, en la prestación de servicios de póker *online*, Reel no se hubiera prevalido de una ventaja competitiva significativa que haya alterado la *par conditio concurrentium*. Existía, por tanto, una inobservancia general de la norma aplicable que cualifica como excepción general de incumplimiento.

Es cierto, con todo, que la sentencia del Tribunal Supremo no convence plenamente. Siendo el artículo 15 una norma en blanco que exige una remisión a las normas aplicables en el caso concreto existía un flagrante error directo de prohibición invencible. La propia actuación de las autoridades administrativas permitía considerar que un expediente sancionador terminaría sin sanción por el principio de confianza legítima. Hasta el legislador lo había considerado. Entender que en el presente caso existía una norma coercible parece fiar lejos

En tales lides, el razonamiento de los órganos jurisdiccionales de instancia no parece en modo alguno peregrino. La sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona había identificado claramente el concepto de coercibilidad: “la coercibilidad de la norma significa la posibilidad de imponer el cumplimiento de lo mandado o la sanción que la misma establezca, en el caso de inobservancia o incumplimiento”. El Tribunal Supremo, sin embargo, no descende al contenido del concepto de “coercibilidad” sino que contesta con un argumento circular que nada dice. En efecto, el ap. 11 del FJ. 7º señala que las normas relevantes para

determinar cuál era el régimen legal del juego en España “reúnen los requisitos de imperatividad, generalidad y coercibilidad exigibles para que su infracción pueda constituir la conducta desleal del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal”. No explica, sin embargo, por qué en el presente caso aquella normativa es *coercible* y se limita a una remisión genérica a la sentencia de la propia sala 500/2012, de 24 de julio. Sin embargo, la STS, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2012²¹ no define tampoco el concepto de coercibilidad sino que se limita a señalar que “para que una conducta pueda considerarse acto de competencia desleal al amparo del art. 15.1 LCD, en primer lugar, es necesario que se haya infringido una norma jurídica que, si bien no necesariamente debe gozar de rango legal, sí que debe reunir los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad”. Como vemos, mediante el recurso remitido, la Sala de lo Civil integra un argumento circular y termina por no entrar en la cuestión de la coercibilidad de la norma.

c) definiendo la naturaleza de la regla contenida en el artículo 15.2 LCD

Sin perjuicio de que la sentencia de 15 de mayo de 2017 que comentamos no crea jurisprudencia, pues resulta necesario una segunda en la misma línea, el Tribunal Supremo se ha situado a favor de la existencia de una presunción relativa, contraria por tanto a la idea de regla *per se*. Se trata de conductas objetivas (pues no requieren de culpa) que pivotan sobre el prevalimiento de una ventaja competitiva obtenida mediante la infracción normativa. La deslealtad reside en ambos casos en la obtención de una ventaja competitiva mediante la infracción de normas sean estas de la naturaleza que sean. El distinto tratamiento obedece a una regla económica pues, en el caso de que se trate de normas que determinan la estructura del mercado concreto y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los operadores, se presume que la infracción ofrece por sí misma aquella ventaja competitiva y que el operador se ha prevalecto efectivamente de la misma. De otra forma, no habría infringido aquellas normas. No obstante, la ventaja se deviene automáticamente de la infracción y el prevalimiento de la situación de ilegalidad.

Al establecer el artículo 15.2 LCD como un ilícito puramente desleal que requiere de un análisis completo de las circunstancias del mercado a los efectos de determinar si ha existido una ventaja competitiva significativa parece que la función *cierre de sistema concurrencial* que parecía cumplir dicho artículo se difumina. El artículo 15.2 LCD se reivindica como un verdadero ilícito de resultado, si bien el juicio de excepcionalidad parece ser hipotético pues no se exige la prueba de que no se ha obtenido una ventaja competitiva sino la prueba de que en el escenario concreto no era factible la obtención de una ventaja competitiva. Con todo, la parte demandante puede probar que esa ventaja competitiva sí se habría obtenido en el juego de la carga de la prueba. Resulta interesante si la presunción recae sobre ambos

²¹ STS, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2012 (ROJ: STS 5929:2012, ECLI: ES:TS:2012:5929)

elementos o sobre uno solo de ellos. En el caso del ap. 1 no es suficiente que se acredite la obtención de una ventaja competitiva sino, al mismo tiempo, es necesario que se acredite el prevalimiento de la misma. Sin embargo, en la sentencia de 15 de mayo de 2017 el Tribunal Supremo se refiere a circunstancias excepcionales que motiven que la infracción no suponga que “el competidor obtenga y se prevalega de una ventaja competitiva significativa”, con lo que ambos elementos parecen autoexigirse e ir de la mano. Esta es, quizás, la solución más razonable atendiendo a que desde el punto de vista de la prueba, al establecerse una presunción que invierte la carga de los elementos del ilícito de deslealtad, ambos elementos quedan configurados en negativo a diferencia del supuesto del ap.1 en que los mismos son hechos positivos. De ahí que en el ap. 1 el demandante tenga que acreditar que el demandado obtuvo una ventaja competitiva y se prevaleció de la misma. Por el contrario, en el ap. 2 el demandante debe acreditar simplemente la infracción de normas mientras que el demandado tendrá que acreditar la existencia de circunstancias excepcionales que permitan inferir razonablemente que ni se ha obtenido la ventaja competitiva ni se ha prevalido de la misma.

El adjetivo “simple”, con todo, resulta un obstáculo de cierta consideración de la presunción como *iuris tantum*. Quienes han salvado el “escollo gramatical” (entre los que se encuentra el Tribunal Supremo) no terminan sino forzando al artículo 15.2 LCD a decir lo que no dice²². Nosotros habíamos considerado durante largo tiempo que la diferencia entre el apartado 1 y el apartado 2 era, desde un punto de vista de análisis económico de la norma, racional pues fomentaba la eficiencia en la decisión de los tribunales y en la actuación de los operadores económicos en general. Si la norma contenida en el ap. 2 coadyuvaba directamente a fortalecer el cumplimiento de las normas cuando las mismas tienen por objeto regular la actividad concurrencial, precisamente porque se trata de normas que establecen las reglas que rigen el mercado, era lógico que la deslealtad de la conducta funcionara de forma automática mediante la existencia de una regla *per se*²³.

Bien es cierto que el Tribunal Supremo ha venido colaborando a la reducción de la norma y, por tanto, disminuir al extremo la posibilidad de error alguno (Tipo II) al restringir el tipo objetivo del art. 15.2 LCD a la violación de normas que tengan por *objeto directo* la regulación de la actividad concurrencial²⁴. Más aún, el hecho de que el ilícito del apartado 1 sea un ilícito antinatura, subjetivo y de resultado, se justifica precisamente porque una regla

²² BENJAMÍN PEÑAS MOYANO. Op. Cit. p. 223.

²³ La regla *per se* pretende evitar errores tipo II (infraprohibición). El riesgo estriba en que se prohíban conductas no perniciosas para el mercado. Pero entonces la distinción establecida por el legislador se nos tornaba sensata y razonable. En el caso de infracción de normas no concurrenciales el legislador había introducido un requisito para que la deslealtad del apartado 1 no incurriera en errores tipo I (sobreprohibición). Exige que la infracción haya generado una ventaja competitiva significativa de la que el infractor se haya prevalido. No se establece presunción alguna. Diferente es la situación en el apartado 2. Habida cuenta de la naturaleza de la norma violentada, el riesgo de errores tipo I es mínimo, de ahí que la declaración de deslealtad *per se* no deba causar trauma alguno.

²⁴ STS, sala 1ª, de 16 de junio de 2000 -RJ 2000\5288. Véase, al respecto, BENJAMÍN PEÑAS MOYANO, Op.Cit. p. 231.

diferente supondría un riesgo claro de que numerosas conductas que no afectan a la eficiencia del mercado resultasen prohibidas²⁵.

Recordemos, con todo, que el Tribunal Supremo, en la STS de 24 de julio de 2012²⁶ difuminaba el tenor literal del 15.1 LCD al asumir la que era la posición mayoritaria de la doctrina en relación con la naturaleza de la norma infringida. Así, si bien el 15.1 LCD parecía exigir que las normas violentadas fueran Leyes en sentido formal²⁷, el Tribunal Supremo ha optado finalmente por aceptar que cualquier norma, indiferentemente de su rango legal, ha de entenderse incluida. Por tanto, la diferencia entre el apartado 1 y el 2 se reducía al adjetivo “simple” con el que se calificaba la naturaleza de la infracción independientemente de la naturaleza de la norma violentada. Finalmente, en la STS, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 2017 establece que el adjetivo “simple” supone una presunción relativa de prevalimiento de la obtención de una ventaja competitiva significativa.

3. La violación de normas antitrust como ilícito desleal

Con carácter general, la doctrina parecía admitir que ante un ilícito antitrust cabía una *aplicación privada* vía, precisamente, por el ilícito desleal de la simple infracción de normas concurrenciales²⁸. Tal solución había sido duramente criticada por otros²⁹. La doctrina judicial, con carácter general, se ha mostrado favorable a tal aplicación, en lo que parece ser un concurso ideal de normas³⁰.

Esta doctrina judicial tiene su explicación. A pesar de que ya en BRT-SABAM [1974]³¹ el Tribunal de Justicia de las entonces Comunidades Europeas reconoció la posibilidad de aplicación judicial de los artículos 81 y 82 TCE (hoy 101 y 102 TFUE) al reconocerles efecto directo, no es hasta la STS, Sala 1ª, de 2 de junio de 2000 cuando se reconoce expresamente tal posibilidad en España todavía con carácter incidental y con las dificultades

²⁵ La regla del apartado 1 es una verdadera regla *de minimis* al exigir que no cualquier ventaja obtenida supondrá una declaración de deslealtad sino solo aquella que sea “significativa”. Ello supone que aunque la conducta de un determinado operador económico vulnere la igualdad de todos los operadores ante la Ley (isonomía) y aunque tal conducta le genere ciertas ventajas, no será desleal sino cuando tal quebranto de la isonomía tenga relevancia concurrencial. Y sólo tendrá relevancia concurrencial cuando la violación normativa depare una ventaja significativa. Es aquí donde se advierte la especial naturaleza del ilícito desleal que no es una sanción general al incumplimiento de obligaciones legales.

²⁶ STS de 24 de julio de 2012 (ROJ: STS 5929:2012, ECLI: ES:TS:2012:5929)

²⁷ La doctrina había considerado, en efecto, que debe realizarse una interpretación unitaria de ambos preceptos de forma que leyes debe equivaler a normas jurídicas aunque la jurisprudencia parece contraria a tal consideración (Véase, por todos, FERNANDO CARBAJO CASCÓN, Op. Cit. p. 408 quien cita igualmente las SSTS, Sala 1ª, de 13 de marzo y 16 de junio 2000 en relación con los horarios y aperturas de colegios profesionales.

²⁸ JESUS ALFARO ÁGUILA-REAL. *Competencia desleal por infracción de normas*. Revista de derecho mercantil, nº 202 (1991); JOSÉ MASSAGUER FUENTES. *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999. p. 78 y 462; RICARDO ALONSO SOTO. *Derecho de la competencia. Derecho de la competencia*. En Curso de Derecho Mercantil. tomo I, Madrid, 1999, p. 243 y sig; JOSE RAMÓN FERRANDIZ GABRIEL. *Aplicación del derecho de la competencia por los órganos judiciales del orden civil*. En Cuadernos de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: Competencia desleal y defensa de la competencia), Madrid, Nº. 11, 2002. pág. 46.

²⁹ LUIS MARIA MIRANDA SERRANO, y JUAN IGNACIO FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Competencia desleal y "antitrust": sistema de ilícitos*. Op.Cit. pág. 97 y siguientes .

³⁰ Véase infra ap. 3.1

³¹ Asunto C-127/73 Belgische Radio en Televisie y société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contra SV SABAM y NV Fonior [1974] de 21 de marzo (ECLI:EU:C:1974:25).

que planteaba el hecho de la falta de competencia de los tribunales nacionales para aplicar el ap. 3 del entonces art. 81 TCE.

Hasta entonces, se venía considerando, a grandes rasgos y sin entrar en mayores consideraciones, que el Derecho de la Competencia tenía una doble faceta aplicativa: la Defensa de la Competencia de naturaleza pública y la Competencia Desleal de naturaleza privada.

De esta forma, la aplicación privada del Derecho de la Competencia se producía previa calificación de los ilícitos antitrust como desleales y reconduciendo la aplicación a través de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

La SAP Barcelona, Secc. 15, de 1 de diciembre de 2004, asunto Metro Directe, decidía sobre la aplicación concurrente de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. Consideraba, recordemos, la conducta de ciertos editores de prensa que habían forzado a los quioscos de la capital catalana a tener que elegir entre distribuir prensa gratuita o de pago con el fin de excluir la prensa gratuita de tales quioscos. Corrigiendo el criterio del Juzgado de Primera Instancia, y tras considerar que la conducta colectiva de los editores de prensa era constitutiva de un supuesto de *refusal to supply* prohibido, la Audiencia Provincial declara la existencia de acuerdo colusorio. Y “la existencia de un pacto colusorio constituye acto de competencia desleal, por infracción de normas, ex art. 15.2 LCD”³².

Aunque discutimos la corrección del análisis y la existencia de un concurso, simplifiquemos por un momento el objeto de discusión y aceptemos a modo de hipótesis que Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal pueden ser aplicadas concurrentemente. En este caso, existe un ámbito de evidente tensión entre ambas normas como es el de la posible declaración de deslealtad a aquellas conductas que, por ser de mínima importancia, no son objeto de sanción por los órganos antitrust (o, lo que es lo mismo, la relevancia desleal de las conductas *de minimis*).

3.1. La tipificación de las conductas *de minimis* como ilícitos desleales

La SAP Barcelona, Secc. 15, de 26 de enero de 2000 (Asunto Castellblanch c. Codorniu), consideraba que las conductas *de minimis* podían ser comprendidas como ilícito desleal a consecuencia de que el artículo 15.2 LCD no exigía la obtención de una ventaja competitiva significativa³³. Ambos debates parecen, de esta forma, indisolublemente unidos pues, si el

³² F.J. 19º *ibíd.* Citando esta se pronuncia en igual sentido la SAP Burgos, Secc. 3ª, de 17 de febrero de 2015 (EDJ 2015/21393).

³³ Decía la sentencia: “La doctrina exige, para que sea aplicable dicho precepto que la infracción de la norma resulte idónea para modificar sustancialmente la posición competitiva del infractor. [...] Mas esa exigencia no constituye un requisito autónomo, sino que resulta directamente de la propia infracción o, si se quiere, del

art. 15.2 LCD exige, aunque no lo diga, la obtención de una ventaja competitiva significativa, resulta contradictorio que sirva para castigar aquellas conductas que han dejado de ser perseguidas por los órganos administrativos por su escasa relevancia antitrust al no afectar significativamente a la competencia. El asunto ventilado había sido precedido de una declaración del TDC de no perseguibilidad de parte de los hechos enjuiciados de conformidad con la facultad del art. 1.3 LDC. La Audiencia afirmará que, en la medida en que el tipo desleal no exige la modificación sustancial de la posición competitiva del competidor, “carece de efecto vinculante o decisivo, en la aplicación del artículo 15.2 de la Ley 3/1991, la resolución que los órganos de defensa de la competencia hayan adoptado sobre los hechos objeto de este proceso, al aplicar el referido artículo 1.3 de la Ley 16/1989”³⁴.

En igual sentido se pronunciará posteriormente, la SAP Madrid, Secc. 28ª, de 25 de mayo de 2006, en Asunto Conduit c. Telefónica³⁵, aunque la admisión de la aplicación del artículo 15.2 LCD a las conductas *de minimis* no nos parece del todo acertada en la medida en que lo discutido en el supuesto era un abuso de posición de dominio sobre la base de la doctrina de los *essential facilities*³⁶.

También han admitido esta aplicación el Auto del JMERC nº 2 Madrid, de 18 de mayo de 2006 (Asunto Audiovisual Sport SL)³⁷; las sentencias del JMERC Madrid, núm.2, de 3 septiembre 2007 (Asunto Audiovisual Sport SL³⁸, Asunto Comillas 2 SA³⁹ y Asunto ES Esla SL⁴⁰), de 19 de junio de 2007 (Asunto Euskaltel)⁴¹, de 27 de junio de 2007 (Asunto Zorita SL ES)⁴²; JMERC, nº 2, Bilbao de 22 de febrero de 2008 (Asunto Bide Barri)⁴³ y de 31 octubre de 2008 (Asunto ES Galindo SA)⁴⁴.

3.2. El control de las conductas *de minimis* se realiza exclusivamente a través de la Ley de Defensa de la Competencia, sin que pueda admitirse el recurso al artículo 15.2 LCD

contenido del precepto violentado: al regular el mercado, su infracción repercute en el mismo. [...] Por otro lado, esa repercusión no guarda relación necesaria, por los distintos planos en que se mueve la aplicación de una y otra norma, con la regla «de minimis» que consagra el artículo 1.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, y que permite a los órganos administrativos competentes «decidir no perseguir las conductas prohibidas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia». F.J. 6º SAP Barcelona, Secc. 15, de 26 de enero de 2000 (AC\2000\688).

³⁴ F.J 6º *ibíd.*

³⁵ SAP Madrid, Secc. 28ª, de 25 de mayo de 2006 (ROJ: SAP M 6773:2006, ECLI: ES:APM:2006:6773)

³⁶ Y no es del todo adecuado porque la regla *de minimis* parece tener solo aplicabilidad real en los acuerdos colusorios por efecto pero no en las prácticas colusorias por objeto ni en los abusos de posición de dominio a pesar del legislador español y el actual artículo 5 LDC. En cuanto a los primeros, la situación es clara desde Expedia C-226/11 Expedia Inc. c. Autorité de la Concurrence [2011] ECR I-000, párr. 16 y 17, como veremos a continuación.

³⁷ AJMERC nº 2 Madrid, de 18 de mayo de 2006 (ROJ: AJM 103:2006, ECLI: ES:JM:2006:103A)

³⁸ SJMERC Madrid, núm.2, de 3 septiembre 2007 (ROJ: SJM 100:2007, ECLI: ES:JM:2007:100)

³⁹ SJMERC Madrid, núm.2, de 3 septiembre 2007 (ROJ: SJM 99:2007, ECLI: ES:JM:2007:99)

⁴⁰ SJMERC Madrid, núm.2, de 3 septiembre 2007 (ROJ: SJM 118:2007, ECLI: ES:JM:2007:118)

⁴¹ SJMERC Madrid, núm.2, de 19 de junio de 2007 (ROJ: SJM 75:2007, ECLI: ES:JM:2007:75)

⁴² SJMERC Madrid, núm.2, de 27 de junio de 2007 (ROJ: SJM 80:2007, ECLI: ES:JM:2007:80)

⁴³ SJMERC, Bilbao, núm. 2, de 22 de febrero de 2008 (ROJ: SJM 4:2007, ECLI: ES:JM:2007:4)

⁴⁴ SJMERC, Bilbao, núm. 2, de 31 octubre de 2008 (ROJ: SJM 70:2008, ECLI: ES:JM:2008:70)

Todas las sentencias citadas tenían en común que se analizaba la regulación contenida en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Y es que hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007, se presentaban serias dudas sobre el carácter de los acuerdos *de minimis* en nuestro Derecho. Tal es el punto que la doctrina se dividía entre quienes consideraban que tales acuerdos estaban prohibidos pero concurría una causa de exoneración de responsabilidad y quienes consideraban que realmente tales acuerdos, en línea con el derecho comunitario, no podían ser considerados prohibidos⁴⁵.

La doctrina judicial, sin perjuicio de la escasez de pronunciamientos, se manifestaba partidaria de no excluir el posible reproche de deslealtad de un acto por el hecho de que el mismo no hubiera sido objeto de persecución o sanción por el TDC conforme al artículo 1.3 de la Ley 16/1989. Y así cabe destacar que tanto la Secc. 15 de la AP Barcelona como la Secc. 28 de la AP Madrid (secciones especializadas) se habían manifestado favorablemente al enjuiciamiento desleal de las conductas de menor importancia.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia se superaba, sin embargo, la discusión. Así, la antigua redacción que parecía reconocer cierto *principio de oportunidad* a los órganos de defensa de la competencia (“podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”)⁴⁶, ha mudado hoy al artículo 5 el cual establece que *las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia*. Parece que el artículo 5 integra hoy la propia definición de ilícito de forma que delimita legalmente el ámbito de la prohibición, norma primaria de referencia⁴⁷.

En Derecho europeo, la redacción del artículo 101 TFUE (antiguo artículo 81 TCE) no contiene norma similar ni al antiguo 1.3 de la Ley 16/1989 ni al actual artículo 5 de la Ley

⁴⁵ A favor, por ejemplo, se han pronunciado RICARDO ALONSO SOTO. Op. Cit. p. 243 y sig; JOSÉ MASSAGUER FUENTES. Op. cit. p. 78 y 462; JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL. Op. cit. p. 704-705. SOLER MASOTA señalaba también que “la conocida como *regla de minimis*, por cuya virtud no han de perseguirse acuerdos de menor importancia, según los criterios establecidos por el legislados ... [no] juega en el ámbito de la competencia desleal”. PAZ SOLER MASOTA, Paz. *Infracción de normas como acto de competencia desleal*. Cuadernos de derecho judicial, Nº (Ejemplar dedicado a: Competencia desleal y defensa de la competencia), Madrid, nº 11, 2002. p. 183-208. Tal posición fue duramente rechazada por LUIS MARIA MIRANDA SERRANO y JUAN IGNACIO FONT GALÁN. Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos. op.cit. Pág. 93-123. Tras advertir que la simple violación de normas concurrenciales se considera el “resultado de un compromiso *proinstitucional y funcional* que la Ley de Competencia Desleal asume respecto de la Ley de Defensa de la Competencia” de forma que el artículo 15.2 viene a ser “una norma de cierre del sistema, a un *antitrust-desleal*”. Tras rechazar que se trata de un ilícito antitrust-desleal. Tal posición es asumida, entre otros, por CARBAJO CASCÓN quien considera que dos son los motivos fundamentales que llevan a la refutación de la primera posición expuesta. El primero, el reconocimiento de la aplicación privada del Derecho de la competencia. En segundo lugar, porque la nueva regulación que la Ley 15/2007 ha realizado de las conductas *de minimis* implica que las mismas “son expresamente excluidas del ámbito de aplicación [de los ilícitos antitrust] por lo que deben considerarse comportamientos lícitos desde la legislación reguladora de la libre competencia. Véase FERNANDO CARBAJO CASCÓN, Op. Cit., p. 429-431.

⁴⁶ Como destacaban las resoluciones del JMerc. Nº 2 Madrid ya conocidas: Auto del JMerc nº 2 Madrid, de 18 de mayo de 2006 (Asunto Audiovisual Sport SL); las sentencias del JMerc Madrid, núm.2, de 3 septiembre 2007 (Asunto Audiovisual Sport SL), de 19 de junio de 2007 (Asunto Euskaltel), de 27 de junio de 2007 (Asunto Zorita SL ES), las de 3 de septiembre de 2007 (Asunto Sogecable, Asunto Comillas 2 SA y Asunto ES Esla SL)

⁴⁷ Nótese que, a diferencia del “podrán decidir” que otorgaba a los órganos de defensa de la competencia margen de discrecionalidad, la redacción actual señala que “no se aplicarán” lo que supone la delimitación de la norma primaria de referencia (la regla prohibitiva) y no el establecimiento de una exención legal.

15/2007. Sin embargo, el requisito de apreciabilidad es intrínseco a la prohibición general contenida en el artículo 101 TFUE⁴⁸. La regla de apreciabilidad tiene realmente dos vertientes, como se deduce del propio articulado⁴⁹, en relación con la afectación del comercio entre los Estados miembros y en relación con la afectación de la competencia⁵⁰. En todo caso, y ello es lo relevante, para estar comprendido en la prohibición establecida en el artículo 101.1 TFUE un acuerdo entre empresas debe tener por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado interior y poder afectar al comercio entre los Estados miembros⁵¹. Un último apunte debe realizarse al respecto. En el caso de que un acuerdo cumpla con el primer requisito y, por tanto, pueda afectar al comercio entre Estados miembros, si el mismo es una restricción de la competencia *por objeto* entonces el mismo cumple de forma automática el requisito de apreciabilidad. Esto es, el mismo

⁴⁸ Por vez primera, en Asunto C-5/69 Franz Völk c. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke [1969] de 9 de julio (ECLI:EU:C:1969:35), el Tribunal de Justicia señaló que los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 85 TCE (actual 101 TFUE) “deben interpretarse tomando como referencia el contexto real en que se sitúa el acuerdo” por lo que “un acuerdo no incurre en la prohibición del artículo 85 cuando afecta al mercado tan sólo de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en el mercado del producto de que se trate”. Empresario dedicado a la manufactura de lavadoras, Völk concertó un acuerdo de venta exclusiva con Vervaecke, dedicado a la venta de electrodomésticos, por el que el segundo vendería en exclusiva las lavadoras del primero a la vez que el primero garantizaba protección absoluta en los territorios de Bélgica y Luxemburgo. Siendo el mercado de lavadoras el mercado relevante de producto en Bélgica y Luxemburgo, la empresa de Völk (Erd & Co.) poseía una cuota de mercado a nivel de la UE de, 0,08%, 0,2 % del mercado en Alemania y 0,6% en Bélgica y Luxemburgo. El Tribunal remitido de la cuestión prejudicial, el Oberlandesgericht de Múnich, preguntaba si a la hora de determinar si un contrato de tales características caía dentro del ámbito de aplicación del artículo 85.1 TCE debía atenderse a la proporción del mercado que el demandante ha adquirido o que pretende adquirir en los Estados miembros y, en particular, Bélgica y Luxemburgo, área de ventas donde el demandado obtenía absoluta protección. En los párr. 5, 6, y 7 señala lo siguiente “para que un acuerdo pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, es preciso que pueda preverse con un grado de probabilidad suficiente, basándose en un conjunto de datos objetivos de Derecho o de hecho, que dicho acuerdo puede ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial sobre las corrientes comerciales entre los estados miembros en un sentido potencialmente perjudicial para la consecuencia del objetivo de un mercado único entre los mismos” de forma que “la prohibición del apartado 1 del artículo 85 sólo puede aplicarse si el acuerdo de que se trata tiene además por objeto o efecto impedir, restringe o falsear juego de la competencia dentro del mercado común”. Pero dichos requisitos, señalaba el Tribunal, “deben interpretarse tomando como referencia el contexto real en que se sitúa el acuerdo” por lo que “un acuerdo no incurre en la prohibición del artículo 85 cuando afecta al mercado tan sólo de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en el mercado del producto de que se trate”. Posteriormente en, por ejemplo, Asunto C-22/71 Béguelin Import Co. contra S.A.G.L. Import Export [1971] de 25 de noviembre (ECLI:EU:C:1971:113) el Tribunal señala que *para estar comprendido en la prohibición establecida en el artículo 85, el acuerdo deberá afectar de manera significativa al comercio entre los Estados miembros y al juego de la competencia* (párr. 16).

⁴⁹ La redacción establece una doble condición en la prohibición al exigir que acuerdos, decisiones y prácticas concertadas [...] *puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y [...] tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior* (art. 101 TFUE).

⁵⁰ Del primero se encarga la Comunicación de la Comisión relativa a las *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado* (Diario Oficial n.º C 101 de 27/04/2004 p. 81-96) y del segundo la Comunicación de *minimis* relativa a los *acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (2014/C 291/01)

⁵¹ Asunto C-226/11 Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence et. al. [2012] de 13 de diciembre (ECLI:EU:C:2012:795) ap. 16 y 17. (16) Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, un acuerdo entre empresas no está comprendido en la prohibición de esta disposición cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante (Asunto C-5/69 Franz Völk c. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke [1969] de 9 de julio (ECLI:EU:C:1969:35) ap. 7; Asunto C-7/95 P John Deere Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas [1998] de 28 de mayo (ECLI:EU:C:1998:256) ap. 77; Asunto C-7/95 P John Deere Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas [1998] de 28 de mayo (ECLI:EU:C:1998:256).ap. 34, y Asunto C-238/05 Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) [2006] de 23 de noviembre (ECLI:EU:C:2006:734) ap. 50). Lo que reitera a continuación: (17) “Así pues, para estar comprendido en la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, un acuerdo entre empresas debe tener por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado interior y poder afectar al comercio entre los Estados miembros” (Asunto C-70/93 Bayerische Motorenwerke AG contra ALD Auto-Leasing D GmbH [1995] de 24 de octubre (ECLI:EU:C:1995:344) ap. 18; Asunto C-306/96 Javico International y Javico AG contra Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP) [1998] de 28 de abril (ECLI:EU:C:1998:173) ap. 12, y Asunto C-260/07 Pedro IV Servicios SL contra Total España SA [2009] de 2 de abril (ECLI:EU:C:2009:215) ap. 68).

constituye, por su naturaleza, una restricción de la competencia sensible, sin que sea necesario considerar los posibles efectos que el mismo pudiera tener⁵².

No parece, por tanto, que debamos ver en el requisito de la apreciabilidad un principio de oportunidad a favor de la Comisión Europea ni de la CNMC, sino un verdadero elemento del tipo objetivo cuya concurrencia es determinada tanto por las autoridades de competencia como por los órganos jurisdiccionales cualquiera que sea la forma en que éstos han conocido del asunto. Por ello, y en la medida en que el requisito de la apreciabilidad es connatural a la prohibición contenida en el artículo 101.1 TFUE, la Comunicación *de minimis* no integra la norma legal⁵³ sino que determina la actuación de la Comisión Europea.

Igual conclusión parece alcanzarse con la nueva regulación de la Ley 15/2007, en la que el artículo 5 excluye del tipo las conductas de menor importancia⁵⁴. El artículo 5 integra claramente en el tipo del ilícito antitrust el juicio de apreciabilidad con lo que pasa a ser un elemento del tipo objetivo y no el reflejo de un supuesto *principio de oportunidad*.

Declarar la licitud de los acuerdos *de minimis* excluye definitivamente la aplicación del artículo 15.2 LCD a los mismos, sin perjuicio de que tales acuerdos puedan ser encuadrados en otras categorías de deslealtad lo que, obviamente, se encuentra fuera del ámbito de consideración de la normativa de defensa de la competencia⁵⁵. Si entendiéramos que el artículo 15.2 LCD permite castigar como desleales las infracciones de los artículos 1 y 2 LDC (101 y 102 TFUE) debe concluirse necesariamente que el artículo 1 no es infringido cuando estamos ante una conducta de menor importancia. El adjetivo *simple* no permite prescindir de los elementos del tipo de la norma violentada. Su finalidad es la de establecer una presunción de prevalimiento de ventaja competitiva pero no alterar los elementos necesarios para calificar la existencia de una infracción. Puesto que los acuerdos *de minimis* no suponen un ilícito concurrencial no pueden, por sí mismas, constituir un ilícito desleal por violación de normas porque un acuerdo *de minimis* no infringe ninguna norma que tenga por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

Por otra parte, la existencia de una conducta de menor importancia determina la inexistencia de ilícito tanto en vía administrativa como en vía civil. Esto es, la conclusión habría de ser la misma independientemente de si la infracción es enjuiciada por un órgano administrativo como la actual CNMC o por un Juzgado de lo Mercantil. Hasta ahora, los órganos judiciales

⁵² Asunto C-226/11 Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence et. al. [2012] de 13 de diciembre (ECLI:EU:C:2012:795) ap. 35, 36 y 37. Especialmente en este último, el Tribunal señala que procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia.

⁵³ Ibid. ap. 24. En el mismo sentido, Comunicación de *de minimis*, ap. 5 y 13. Véase, Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis) (DO C 291 30/8/2014).

⁵⁴ Ciertamente que el artículo no alcanza la precisión de la normativa europea y contiene alguna antinomia. Nos referimos a la no exclusión de las restricciones por objeto del artículo 1 LDC de la regla *de minimis*, como a la inclusión del abuso de posición de dominio cuando tal regla no es aplicable en Derecho de la Unión a tales abusos. Los abusos de posición de dominio, una vez determinados, son *per se* restricciones significativas de la competencia, sin que quepa debate alguno sobre la apreciabilidad de la conducta en relación con la restricción efectiva de la competencia. Resulta difícil pensar en un caso contrario

⁵⁵ FERNANDO CARBAJO CASCÓN. Op.cit. p. 430

parecían mantener que un no ilícito administrativo podía ser un ilícito civil cuando ello es incorrecto. La diferencia no se puede establecer por los requisitos del tipo objetivo de la norma violentada pues el requisito de apreciabilidad de la conducta es común a la aplicación pública y privada.

Obviamente, el concepto *de minimis* tiene dos acepciones y de ahí el problema y el equívoco. Se refiere al requisito de apreciabilidad, elemento del tipo objetivo, pero también al principio de oportunidad (comunicación *de minimis*). En esta segunda acepción no vincula sino a la Autoridad administrativa y permite la sanción por vía civil de conductas en las que se aprecie una afectación significativa de la competencia pero que la Autoridad de Competencia haya decidido por razones de oportunidad no perseguir. Este principio de oportunidad ha de estar regulado por virtud de la actuación de la administración conforme al principio de legalidad pero no significa que la autoridad administrativa se convierta en un órgano jurisdiccional y determine con su interpretación la aplicación de la normativa antitrust. El legislador español, sin embargo, al establecer que [reglamentariamente] *se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado* (artículo 5, inciso segundo) parece infringir Expedia [2011] y dar un mayor valor a aquella delimitación que a la realizada por una Comunicación de la Comisión (*soft law*)⁵⁶. Solo en relación con conductas no sancionadas por virtud de una comunicación emitida por la CNCM al amparo del artículo 3.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia podríamos encontrarnos en el supuesto de conductas prohibidas a pesar de la no sanción por órganos administrativos. En estos casos, un órgano civil no debería verse impedido para la declaración de ilicitud de la conducta y la extracción de las consecuencias jurídico-privadas que de la misma se deriven. Con todo, la valoración ha de hacerse siempre desde la Ley de Defensa de la Competencia y no desde la Ley de Competencia desleal pues el ilícito es, ante todo, antitrust, no desleal.

4. Un error de partida: Ley de Defensa de la Competencia no es de naturaleza exclusivamente ius-publicista

Más allá de cuestiones sistemáticas, en algunas resoluciones encontramos cierto prurito judicial que refleja la desconfianza de nuestros órganos jurisdiccionales hacia la actividad de la administración. De ahí que, sin perjuicio de si la regla *de minimis* elude o no el reproche de deslealtad, lo importante era limitar las consecuencias perjudiciales que para los particulares tenía la inacción del entonces Tribunal de Defensa de la Competencia con base al

⁵⁶ El desarrollo se realiza a través del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE 27/02/2008), artículos 1 a 3. El artículo 3 no reconoce ningún principio de oportunidad. Establece la posibilidad de declarar no aplicables los artículos 1 a 3 LDC a conductas que, aun por encima de los umbrales fijados normativamente, no sea apta para afectar de manera significativa a la competencia. Los artículos 1 a 2 del citado reglamento no impiden la posibilidad de desarrollar criterios de delimitación de las conductas de menor importancia. Sólo en relación con las mismas podría reconocerse cierto *principio de oportunidad*. S

principio de oportunidad, lo que lleva al Juez a afirmar que “el monopolio del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia [...] es difícilmente compatible con los presupuestos básicos de un Estado de derecho”⁵⁷.

El legislador español es deudor de la tradición *ius publicista* del Derecho de Defensa de la Competencia que ha imperado en Europa a raíz de las primeras codificaciones germanas⁵⁸. Si existe un punto común a la tradición histórica europea del Derecho antitrust es precisamente, por oposición al Derecho estadounidense, la monopolización de aquel control por parte de órganos públicos que, solo en última instancia, admitían la revisión jurisdiccional. De ahí que la propia legislación de Defensa de la Competencia se caracterizara por prescindir abiertamente de las cuestiones privadas y de reconocer un poder de control a los individuos sobre las prácticas monopolistas del mercado. Así, el artículo 6 la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia establecía, por ejemplo, un sistema de daños *follow-on* conforme a las reglas generales del 1902 CC. No existía un verdadero sistema de acciones privadas. La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia mantenía el mismo sistema en el artículo 13. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en su redacción originaria, suprimió directamente cualquier referencia a la aplicación privada del Derecho de la Competencia que, de esta forma, se vio relegada a un absoluto limbo jurídico.

Por el contrario, a nivel europeo no existían dudas de que la legislación de Defensa de la Competencia tenía una doble naturaleza público-privada y que el pretendido monopolio que algunos Estados Miembros como España pretendían mantener no era sino una vieja idea caduca que mantenía el indeseable desapoderamiento del individuo respecto del control de la competencia. El individuo se encuentra empoderado por virtud de los artículos 101 y 102 TFUE para el control de los actos que restringen la competencia en un mercado. *Courage* [2001]⁵⁹ y *Manfredi* [2006]⁶⁰ han sido detonantes de un estado de opinión que se concretaría normativamente en el citado reglamento 1/2003.

La cuestión ha sido superada definitivamente por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo (BOE 27/05/2017) por el que se traspone la Directiva 2014/104/UE, que desarrolla, aunque limitado a las acciones de daños, la vertiente *ius-privatista* del Derecho de Defensa de la

⁵⁷ De aceptarse el monopolio del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (RCL 1989, 1591), la regla “de minimis” que contiene su art. 1-3 (que autoriza a los órganos de defensa de la competencia a decidir la no iniciación o el sobreseimiento de los procedimientos previstos en la LDC respecto de conductas que se juzguen de escasa importancia) implicaría privar de tutela judicial a cuantos agravios generados por la infracción de las normas concurrenciales decidiera el Tribunal de Defensa de la Competencia no perseguir, no por razones de legalidad, sino de estricta oportunidad, idea difícilmente compatible con los presupuestos básicos de un Estado de derecho. Por todos, véase el Auto del JMerc nº 2 Madrid, de 18 de mayo de 2006 (Asunto Audiovisual Sport SL), cita luego reiterada en las sentencias dictadas por el mismo magistrado entonces titular del JMerc. nº 2 de Madrid (Ilmo. Sr. GOMEZ SANCHEZ).

⁵⁸ Con carácter general, véase el estudio realizado por DAVID J. GERBER, David J. *Law and Competition in the twentieth century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford, Oxford University Press, 2003. También, CHRISTOPHER HARDING, y JULIAN JOSHUA. *Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*. Oxford, Oxford University Press, 2003.

⁵⁹ Asunto C-453/99 *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros* [2001] de 20 de septiembre (ECLI:EU:C:2001:465).

⁶⁰ Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04 *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* y *Nicolò Tricarico (C-297/04)* y *Pasqualina Murgolo (C-298/04)* contra *Assitalia SpA* [2006] de 13 de julio (ECLI:EU:C:2006:461).

Competencia. Por vez primera, el Título VI de la ley de Defensa de la Competencia recoge una regulación integral de las acciones de daños y perjuicios por ilícitos competitivos.

De la regulación actual y de las aportaciones del Tribunal Supremo podemos afirmar la plena independencia de los artículos 3 LDC y 15.2 LCD.

5. El ámbito de protección de la normativa de Competencia Desleal y de Defensa de la Competencia

El ámbito normativo de aplicación del artículo 15.2 LCD no es el de sancionar por vía de la declaración de deslealtad la incursión en alguna de las conductas tipificadas como prohibidas en los artículos 101 y 102 TFUE o 1, 2 y 3 LDC. El artículo 15.2 LCD es un ilícito desleal que tiene por finalidad reprimir aquellas infracciones normativas que supongan una alteración ilegal del punto de partida en que inicialmente se hallan todos los competidores siempre que la misma ofrezca una ventaja competitiva de la que el operador infractor se prevalga en su posición en el mercado. La *isonomía* se refiere a las normas jurídicas reguladoras del mercado en concreto y no a las normas antitrust que proscriben y prescriben determinados comportamientos con carácter general para cualquier operador económico sea cual sea el mercado en el que actúe.

La resolución de la STS, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 2017 apunta en este sentido. La obtención de una ventaja competitiva forma parte del ilícito del apartado 2 sin perjuicio de la presunción de su obtención por razón de la especial naturaleza de la norma violentada que no es sino una norma “reguladora de su actividad”. Por *su* actividad ha de entenderse el concreto mercado en que la empresa actúa y no la normativa antitrust general. De ahí que el propio Tribunal Supremo afirme que “no se protege propiamente la libre competencia, porque es posible que las normas concurrenciales que se infrinjan regulen un mercado intervenido” sino que se “protege la igualdad de los concurrentes, que deben actual en igualdad de condiciones y no desde posiciones concurrenciales aventajadas, obtenidas por la infracción de las normas reguladoras del mercado, respecto de aquellos concurrentes que sí respetan las exigencias de tales normas” (FJ. 7º ap. 6). Puede incluso que se proteja la posición monopolista que ofrezca una concesión pública, cuando otro operador del mercado infringe los términos de aquella concesión⁶¹.

La naturaleza propia del ilícito desleal se hace patente en el FJ.7º ap. 7 cuando el propio Tribunal Supremo señala que “el apartado segundo del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal no tiene por objeto reprimir el incumplimiento de obligaciones normativas reguladoras de la competencia por parte de los competidores concurrentes en el mercado,

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8692:2006, ECLI: ES:TS:2006:8692): infringir los términos de un derecho en exclusiva en relación con la explotación de una determinada ruta de transporte de viajeros por carretera obtenido mediante la correspondiente concesión administrativa supone una infracción de normas concurrenciales en el sentido del artículo 15.2 LCD.

sino reprimir los efectos perjudiciales que para el mercado conllevan las infracciones de tales normas por parte de los competidores que participan en el mismo”. El Derecho antitrust tiene una finalidad distinta: protege el proceso competitivo. Es indiferente, por así decirlo, a los efectos perjudiciales a los operadores económicos concretos.

El recurso a la Ley de Competencia Desleal pudo tener sentido en los tiempos de una concepción exclusivamente *iuspublicista* de la normativa de Defensa de la Competencia. Era la vía de reconocer cierta vía para la aplicación privada del Derecho de la Competencia a falta de una normativa clara que lo permitiese. Y era la vía, igualmente, para poder soslayar el principio de oportunidad que imperaba en algunas decisiones del extinto TDC cuyas resoluciones querían ser discutidas por los Tribunales civiles.

Sin embargo, a día de hoy, reconocida plenamente la aplicación privada de los artículos 101 y 102 TFUE en toda su extensión por los Tribunales ordinarios, sin monopolio alguno para los órganos administrativos, resulta inútil el recurso al art. 15.2 LCD para sancionar conductas monopolistas.

No obstante, el artículo 3 LDC es un ilícito antitrust de naturaleza propia y diferenciada de la de los artículos 1 y 2 LDC. Y ello por cuanto en este caso sólo cabe la aplicación pública como se deriva claramente del artículo 71 LDC, que limita la aplicación privada a los artículos 1 y 2 LDC. En el caso de las conductas tipificadas en el artículo 3, la aplicación privada no deberá realizarse por vía de la Ley de Defensa de la Competencia sino por aplicación de los concretos preceptos de la Ley de Competencia Desleal que resulten infringidos. No existe aquí concurrencia normativa.

En el caso del Derecho de Defensa de la Competencia, el juicio a realizar siguen siendo un juicio puramente antitrust, no desleal. Nada añade el hecho de que, apreciada la relevancia antitrust, se devenga necesariamente el reproche de deslealtad. Y ello por cuanto la aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia es hoy una norma que responde plenamente a las necesidades de tutela de intereses privados de los particulares, sin necesidad de tener que recurrir a la legislación represora de la Competencia Desleal⁶². El artículo 15.2 no protege el proceso competitivo sancionando aquellas conductas que afectan significativamente al mismo. Protege la *par conditio concurrentium* que es cosa distinta, y por tanto, al moverse en planos distintos, es imposible que exista concurrencia de acciones porque las normas que refiere el artículo 15.2 LCD han de referirse a la concreta actividad realizada por el operador económico demandante y no a los ilícitos generales antitrust. Cualquier otra solución nos lleva por el camino del absurdo.

6. Conclusión

⁶² En el mismo sentido, FERNANDO CARBAJO CASCÓN. op.cit. P. 429 También véase CARMEN HERRERO SUAREZ, Carmen. *La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. Libro blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, RCD, nº 3 (2008), p. 103 y sig.

Aun cuando no faltan voces autorizadas que alegan la compatibilidad entre las acciones de la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal⁶³, la trasposición a nuestro derecho de la Directiva 104/2014/CE ha supuesto la existencia en el ámbito de la Defensa de la Competencia de cierto arsenal (todavía en fase experimental) contra los ilícitos antitrust. Su introducción en el Título VI de la propia Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia certifica que los ilícitos anticompetitivos son ilícitos generales de los que pueden derivarse consecuencias jurídico privadas y jurídico públicas. En un sistema mixto de aplicación del Derecho de la Competencia, predominarán unas sobre otras en función de cuál sea el ámbito de aplicación que el legislador prima en cada sistema. Así, en Europa cabe hablar con carácter general de un predominio de la consecuencia jurídico pública frente a la jurídico privada que en ocasiones parece querer regular a un segundo plano y, en todo caso, se intenta que no “moleste” a la aplicación jurídico pública, como puede observarse en la preocupación mostrada durante todo el proceso de codificación de la Directiva 2014/104/UE en cuanto a las posibles interacciones negativas respecto de los programas de clemencia.

Con todo, entre la legislación de Defensa de la Competencia y la legislación de Competencia Desleal no existe una concurrencia normativa que lleve a un concurso de acciones que se solucionen por vía de recurso a los criterios de especialidad, subsidiariedad o alternatividad. Derecho de Defensa de la Competencia y Derecho de la Competencia desleal se mueven en dos planos diferentes, ambos dentro de la unidad del Derecho de la Competencia.

El artículo 15.2 LCD tiene un ámbito normativo propio sin que queda acumular el juicio antitrust al juicio de deslealtad y sin que el primero integre el segundo. El adjetivo “simple” ha de entenderse unitariamente con la infracción recogida en el subtipo del 15.1 LCD. No se refiere así a la calificación de la infracción de la norma de referencia (como tipo en blanco que son) sino a la presunción de prevalimiento de una ventaja competitiva significativa obtenida mediante la infracción de normas. En consecuencia, las conductas *de minimis* no son controlables a través del artículo 15.2 LCD toda vez que el requisito de apreciabilidad es un elemento necesario del tipo objetivo de la norma antitrust (artículos 1 LDC y 101 TFUE).

La Defensa de la Competencia y la Competencia Desleal se sitúan en planos diferenciados que impiden concurso alguno de normas pues el objeto es diferente. Si bien ambas disciplinas son expresiones de la obligación de competir, la primera de ellas hace referencia la obligación de competir *sensu stricto* y tiene por objeto la protección del proceso competitivo, mientras que la segunda se centra en la forma concreta de competir, que ha de ser leal para con el resto de operadores en relación con la actividad concreta que el demandante desarrolla.

⁶³ A favor, ALONSO SOTO, MASSAGUER FUENTES, ALFARO ÁGUILA-REAL, SOLER MASOTA, FERRANDIZ GABRIEL o SANCHO GARGALLO. En contra, MIRANDA SERRANO, FONT GALÁN o CARBAJO CASCÓN. Véase p.p. 45. En cuanto a FERRANDIZ GABRIEL y SANCHO GARGALLO; véase JOSE RAMÓN FERRANDIZ GABRIEL, Op.cit., pág. 48; IGNACIO SANCHO GARGALLO, Op. Cit. Pág. 14

Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, "Competencia desleal por infracción de normas", *Revista de derecho mercantil*, nº 202 (1991), p. 704-705;
- ALONSO SOTO, RICARDO, "Derecho de la competencia", En *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1999, p. 243 y sig;
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, 7ªed, Pamplona, Aranzadi, 2006.
- CARBAJO CASCÓN, FERNANDO, "Artículo 15. Violación de normas", En *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 405-431.
- FERRANDIZ GABRIEL, JOSE RAMÓN, "Aplicación del derecho de la competencia por los órganos judiciales del orden civil", En *Cuadernos de derecho judicial* (Ejemplar dedicado a: Competencia desleal y defensa de la competencia), Madrid, Nº. 11, 2002, p. 29-50.
- GERBER, DAVID J., *Law and Competition in the twentieth century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- HARDING, CHRISTOPHER Y JOSHUA, JULIAN, *Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- HERRERO SUAREZ, CARMEN, "La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo, Libro blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia", *RCD*, nº 3 (2008), p. 103-118
- MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999.
- MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA Y FONT GALÁN, JUAN IGNACIO, *Competencia desleal y "antitrust": sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA Y FONT GALÁN, JUAN IGNACIO, "Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales", En *Estudios de Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- PEÑAS MOYANO, BENJAMÍN, "La "violación de normas" concurrenciales y no concurrenciales como actos de competencia desleal: SAP Zamora, núm. 223/2007, de 25 de octubre", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº. 3 (2008), p. 209-232.
- ROBLES MARTIN-LABORDA, ANTONIO, *Libre competencia y competencia desleal: examen del artículo 7 de la ley de Defensa de la competencia*, Madrid, La Ley, 2001.
- SANCHO GARGALLO, IGNACIO, "Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 1, 2009, p. 14. [Consultado: 7/2/18] Disponible en http://www.indret.com/pdf/619_es.pdf

SOLER MASOTA, PAZ, "Infracción de normas como acto de competencia desleal", *Cuadernos de derecho judicial*, (Ejemplar dedicado a: Competencia desleal y defensa de la competencia), Madrid, nº 11, 2002, p. 183-208.

TRONCOSO Y REIGADA, MAURICIO, "El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust, (Reflexiones en torno al art. 7 LCD)", En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. 1, Madrid, Citivas, 1996.

Jurisprudencia

AJMerc Madrid, núm. 2, de 18 de mayo de 2006 ROJ: AJM 103:2006, ECLI: ES:JM:2006:103A

SJMerc Madrid, núm.2, de 19 de junio de 2007 (ROJ: SJM 75:2007, ECLI: ES:JM:2007:75)

SJMerc Madrid, núm.2, de 27 de junio de 2007 (ROJ: SJM 80:2007, ECLI: ES:JM:2007:80)

SJMerc Madrid, núm.2, de 3 septiembre 2007 (ROJ: SJM 100:2007, ECLI: ES:JM:2007:100)

SJMerc Madrid, núm.2, de 3 septiembre 2007 (ROJ: SJM 99:2007, ECLI: ES:JM:2007:99)

SJMerc Madrid, núm.2, de 3 septiembre 2007 (ROJ: SJM 118:2007, ECLI: ES:JM:2007:118)

SJMerc Madrid, núm.5, de 28 enero de 2009 (ROJ: SJM 11:2009, ECLI: ES:JM:2009:11).

SJMerc, Bilbao, núm. 2, de 22 de febrero de 2008 (ROJ: SJM 4:2007, ECLI: ES:JM:2007:4)

SJMerc, Bilbao, núm. 2, de 31 octubre de 2008 (ROJ: SJM 70:2008, ECLI: ES:JM:2008:70)

SAP A Coruña, Sec. 4ª, de 12 diciembre de 2014 (ROJ: SAP C 3070/2014, ECLI:ES:APC:2014:3070).

SAP Baleares, Sec. 5, 4 de junio 2015 (ROJ: SAP IB 1022:2015, ECLI: ES:APIB:2015:1022).

SAP Baleares, Sec. 5ª, de 15 septiembre 2016 (ROJ: SAP IB 1610:2016, ECLI: ES:APIB:2016:1610).

SAP Barcelona, Sec. 15, de 26 de enero de 2000 (ROJ: SAP B 793/2000, ECLI:ES:APB:2000:793)

SAP Barcelona, Sec. 15, de 26 de marzo de 2002 (ROJ: SAP B 13312/2002)

SAP Barcelona, Sec. 15 de 1 de diciembre de 2004 (ROJ: SAP B 15817/2004, ECLI:ES:APB:2004:15817).

SAP Barcelona, Sec., 15, de 6 julio de 2011 (ROJ: SAP B 9944/2011, ECLI:ES:APB:2011:9944).

SAP Barcelona, Sec. 15, de 26 de junio de 2014 (ROJ: SAP B 8611:2014, ECLI: ES:APB:2014:8611).

SAP Burgos, Sec. 3ª, de 17 febrero de 2015 (ROJ: SAP BU 99/2015, ECLI:ES:APBU:2015:99).

SAP Madrid, Sec. 28ª, de 25 de mayo de 2006 (ROJ: SAP M 6773:2006, ECLI: ES:APM:2006:6773)

SAP Madrid, Sec. 25, de 9 julio 2010 (ROJ: SAP M 12291:2010, ECLI: ES:APM:2010:12291).

SAP Tarragona, Sec. 1ª, de 6 octubre 2009 (ROJ: SAP T 1352:2009, ECLI: ES:APT:2009:1352),

SAP Valencia, Sec. 8ª, de 7 de diciembre de 2002 (ROJ: SAP V 6896/2002, ECLI:ES:APV:2002:6896).

STS, Sala de lo Civil, de 31 marzo de 2000 (nº 352/2000, rec. 2095/1995)

STS, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 2000 (nº 593/2000, rec. 2478/1995)

STS, Sala de lo Civil, de 23 mayo de 2005 (nº 415/2005, rec. 1186/2000).

STS, Sala de lo Civil, de 7 marzo 2012 (ROJ: STS 1915:2012, ECLI: ES:TS:2012:1915)

STS, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2012 (ROJ: STS 5929:2012, ECLI: ES:TS:2012:5929)

STS, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 2017 (ROJ STS 1922/2017, ECLI: ES:TS:2017:1922)

Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04 Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA (C-296/04) y Nicolò Tricarico (C-297/04) y Pasqualina Murgolo (C-298/04) contra Assitalia SpA [2006] de 13 de julio (ECLI:EU:C:2006:461).

Asunto C-5/69 Franz Völk c. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke [1969] de 9 de julio (ECLI:EU:C:1969:35).

Asunto C-22/71 Béguelin Import Co. contra S.A.G.L. Import Export [1971] de 25 de noviembre (ECLI:EU:C:1971:113).

Asunto C-70/93 Bayerische Motorenwerke AG contra ALD Auto-Leasing D GmbH [1995] de 24 de octubre (ECLI:EU:C:1995:344)

Asunto C-7/95 P John Deere Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas [1998] de 28 de mayo (ECLI:EU:C:1998:256).

Asunto C-215/96 y C-216/96 Carlo Bagnasco y otros contra Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP) y Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige) [1999] de 21 de enero (ECLI:EU:C:1999:12).

Asunto C-306/96 Javico International y Javico AG contra Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP) [1998] de 28 de abril (ECLI:EU:C:1998:173)

Asunto C-453/99 Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros [2001] de 20 de septiembre (ECLI:EU:C:2001:465).

Asunto C-238/05 Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) [2006] de 23 de noviembre (ECLI:EU:C:2006:734)

Asunto C-260/07 Pedro IV Servicios SL contra Total España SA [2009] de 2 de abril (ECLI:EU:C:2009:215)

Asunto C-226/11 Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence et. al. [2012] de 13 de diciembre (ECLI:EU:C:2012:795).

(texto submetido a 28.1.2018 e aceite para publicação a 4.02.2018)