

LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL Y SU RELEVANCIA EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL

APPLICATION AND IMPORTANCE OF ARTICLE 15 OF UNFAIR COMPETITION LAW IN THE SOCIAL ECONOMY

Ignacio Rabasa Martínez

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil (Acreditado a Contratado Doctor)

Universidad de Alicante

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2047-9990>

RESUMEN

El presente trabajo es un estudio del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, que, a grandes rasgos persigue el prevalimiento de una ventaja competitiva derivada de la infracción de distintas normas del ordenamiento jurídico. Partiendo de ese marco, se hace un análisis del fundamento de la norma y de su capacidad, si quiera indirecta, para incentivar el cumplimiento de las normas jurídicas cuyo fin puede ser la protección social o ambiental. El estudio de la norma se aborda desde la óptica de la Economía Social y la economía sostenible, trayendo a colación, a lo largo de los distintos apartados las sinergias o particularidades que puede presentar su aplicación en este área.

PALABRAS CLAVE: Entidades de la Economía Social, Competencia Desleal, Ventaja Competitiva, violación de normas, sostenibilidad.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: RABASA MARTÍNEZ, Ignacio (2023): "La aplicación del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal y su relevancia en el contexto de la Economía Social", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 43, pp. 131-164. DOI: <https://doi.org/10.7203/CIRIEC-JUR.43.27206>

ABSTRACT

This paper is a study of article 15 of the Spanish Unfair Competition Act. This rule pursues the competitive advantage resulting from the infringement of other rules of the legal system. The paper focuses on the basis of the rule, as well as its capacity, even indirectly, to encourage compliance with legal rules whose purpose may be social or environmental protection. The study is approached from the point of view of the Social Economy. Throughout the different sections, the synergies or particularities that may arise from the application of this regulation in the context of the social economy are analysed.

KEYWORDS: Social Economy Entities, Unfair Competition, Competitive Advantage, Social Economy, infringement of rules.

CLAVES ECONLIT / ECONLIT DESCRIPTORS: K20, K 230, K30, K310.

EXPANDED ABSTRACT

The aim of this paper is to study article 15 of the Unfair Competition Act (LCD) and its special relevance in the context of the social economy, in particular for social economy entities, and sustainability as an objective pursued by the European Union and national legislator.

The first section deals with the systematic location of the alleged violation of rules within the LCD and the teleological purpose of article 15 LCD, based on *par conditio concurrentium* or parity between competitors. Although it is not designed to be applied automatically every time a rule is violated, it also discusses the indirect way in which this article can help compliance with other legal rules, although this is not its main function.

In the second section, the aim is to delimit which normative provisions can be included in the different paragraphs of Article 15 LCD. Firstly, a cohesive analysis of the concept of legal rule is carried out, given that each of the paragraphs of the aforementioned article, which regulate divergent case scenarios, use a different nomenclature (laws, legal rules, legislation, rules). In particular, reference is made to the guiding principles of the social economy, to codes of conduct and to cases that could and do occur in the context of bogus cooperatives. In particular, the case of abuse of the social form is addressed, and its possible sanction as an unfair act under Article 15 LCD is theorised.

The third section studies the question of legal standing, which may present particularities with respect to the general regime of the LCD. It starts from the premise that the Social Economy Entities (those envisaged in article 5 LES) are subscribed to the subjective scope of the LCD, insofar as they are market economic operators, also including the Fishermen's Guilds as public law corporations. In strict relation to Article 15 LCD, it is concluded that the passive legitimation is not restricted to the subject that infringes the rule that gives rise to the unfair infringement, but reaches any subject that takes advantage of the competitive advantage derived from this infringement of the rule.

The fourth section deals with the possibility of applying Article 15 LCD in cases of regulatory asymmetry between economic operators. Specifically, it is analysed whether parties who are not legally bound by a rule have standing to sue those who, having the obligation to comply (that same rule), infringe it. It is, however, a question of substance, related to the basis of the rule. This is of particular relevance in the legal framework of some social economy entities, which are governed by rules that apply only to them. This section is divided in two subheadings.

The fifth section deals with the general assumption of infringement of rules provided for the first paragraph (Art. 15.1 LCD). Particularly, all the assumptions that must be met and prov-

en for there to be conduct worthy of the reproach of disloyalty in this way are studied. The following assumptions are analysed in different subheadings: i) The existence of the infringement of at least one legal rule, ii) the causal link between the infringement and the competitive advantage, but also the causal link between competitive advantage and prevalence. And iii) The significant degree of the advantage.

The sixth and final section deals with the assumptions of infringement of rules of specific groups. Due to it is divided into two sub-headings. The first sub-heading focuses on the infringement of the so-called competition rules provided for in 15.2 LCD. The correlation of this article with 15.1 LCD is analysed, and particularly, the differences that exist from a procedural perspective. Without being exhaustive, the most recent jurisprudential classification of categories of rules that are to be considered competitive are included. In direct relation to the social economy, it is assumed that its entities are economic operators (within the framework of the LCD), and for this reason the same competition rules will usually apply to them as to the rest of their competitors. Although from a theoretical perspective, the Preliminary Draft Bill for a comprehensive law to promote the social economy, and in particular the recent CNMC report on the same, is brought up with the aim of analysing what competitive impact (for the sole purpose of the article under study) quotas in favour of social economy entities could have.

The second sub-heading focuses on two specific cases that were introduced after the original wording of the Law, the first of which is the hiring of foreigners without authorisation to work, provided for in Article 15.3 LCD) and the second is the repeated failure to comply with the rules on combating late payment, included in Article 15.4 LCD. In both cases, as in Article 15.2 LCD, the reference to the significant competitive advantage and the prevalence of that advantage is omitted, it means a procedural advantage in comparison with Article 15.1 LCD.

With regard to the case of hiring foreigners without a permit, the divergences that exist between the regulatory basis of this precept and that which governs the budgets of 15.1 LCD and 15.2 LCD, which lead to a justified differential and more advantageous treatment from a procedural point of view.

Finally, in relation to the assumption 15.4 LCD, it is analysed whether the legislator, by introducing the repeated breach of the rules to combat late payment as a specific unfair offence, implicitly recognises that the repeated breach of contractual obligations, and specifically payment obligations, is likely to cause a competitive advantage to the offender to the detriment of the rest of the competitors who do comply with theirs. In addition, the regulatory requirement that the conduct be repeated is briefly analysed.

SUMARIO

I. Finalidad teleológica del artículo 15 LCD y su relación con la sostenibilidad y la economía social. II. Disposiciones legales incluidas en los distintos apartados del artículo 15 LCD. III. Legitimación. IV. Posibles supuestos de aplicación asimétrica del artículo 15 LCD. 1. Asimetría derivada de un contexto de fragmentación normativa. 2. Supuestos de asimetría en la aplicación de normas que emanan de un mismo órgano soberano. V. La infracción general de normas. Supuesto previsto en el artículo 15.1 LCD. 1. La infracción de normas no concurrenciales. 2. La ventaja competitiva y el prevalimiento. 3. La ventaja significativa. VI. La infracción de grupos de normas específicos. 1. La infracción de normas concurrenciales. Supuesto del artículo 15.2 LCD. 2. La infracción de otros grupos de normas específicos. Supuestos previstos en artículos 15.3 LCD y 15.4 LCD. Bibliografía.

I. Finalidad teleológica del artículo 15 LCD y su relación con la sostenibilidad y la economía social

La consolidación de la Unión Europea como unión económica y social ha cristalizado en una progresiva regulación legislativa que ha tenido un impacto notable en el Mercado. En un contexto sociopolítico donde la sostenibilidad ocupa uno de los ejes centrales en las estrategias de desarrollo de la Unión Europea y sus Estados Miembros, es indudable que los operadores económicos privados juegan un rol esencial en la consecución de los objetivos económicos, sociales y medioambientales.

A menudo son estos operadores, quienes, al menos en las fases iniciales, soportan los costes económicos derivados de la implementación y el cumplimiento de normas de muy diversa índole, que posteriormente repercuten sobre el consumidor final. Es por ello que ante un marco económico, social y ambiental cada vez más regulado¹, algunos operadores económicos pueden buscar obtener ventajas competitivas des-

1. La creciente regulación es reseñable sobre todo en el marco de la Unión Europea. En particular, sobre este extremo es reseñable el informe del Foro Europa Ciudadana, realizado por CANO MONTEJANO, José Carlos.: *Hiperregulación en la Unión Europea*, disponible en https://www.europaciudadana.org/wp-content/uploads/2013/06/Informe_FEC_Hiperregulacion_.pdf; En España, se pronuncia sobre el efecto de la hiperregulación y la desafección que produce en término sociales, SANZ BAYÓN, Pablo.: *El desafecto de la sociedad hacia el mundo del derecho: breve comentario sobre la situación en España*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3226637, p.12. URI. Versión preliminar disponible en *Direito, Sociedades e Meio Ambiente*, (Coords.Carvalho Leal, Virginia & Álvarez Robles, Tamara.) Ed. Fasa, Recife, 2018, pp. 151-168.

leales en detrimento de sus competidores incumpliendo las normas que les son de aplicación.

Bien mirado, ese tipo de conducta puede ser aún más perjudicial para las Entidades de la Economía Social², que concurren en el mercado conforme a unos principios orientadores³ y persiguiendo en todo caso el *interés colectivo de sus integrantes*, o el *interés general económico o social*⁴. Si estas entidades priman cualquiera de esos intereses e internalizan los costes derivados de los mismos⁵, partirán de una posición de desventaja frente a aquellos operadores que prioricen la eficiencia económica⁶. Esa diferencia se agrandará aún más frente a un tercer grupo, los sujetos que incumplan con sus obligaciones legales con el afán de ser aún más competitivos.

Partiendo de este contexto, dentro de la legislación española del Derecho de la Competencia, merece un especial análisis el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal (de ahora en adelante, LCD), cuyo objetivo primario, es, a grandes rasgos, evitar que los operadores económicos mejoren su posición merced al incumplimiento de disposiciones legales.

Conviene adelantar que la peculiaridad de este artículo es que no se construye a la infracción de normas concurrenciales, a priori cualquier norma legal tiene cabida (art. 15.1 LCD)⁷. Ahora bien, como ha reiterado la doctrina en múltiples ocasiones, esta aparente amplitud no debe inducir a engaño, el artículo 15. LCD (y en particular el párrafo primero) no está concebido para aplicarse de forma automática cada vez que se viola una norma, ni tampoco persigue declarar la ilegalidad de una conducta⁸; de hecho, el reproche de deslealtad no llegará a materializarse aunque se contravenga

2. Las Entidades de la Economía Social vienen recogidas en el art. 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (De ahora en adelante LES).

3. Dichos principios se encuentran recogidos en el artículo 4.LES.

4. Art. 2 LES.

5. PANIAGUA ZURERA, Manuel: “Notas críticas a la Ley 14/2011 de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas”, *CIRIEC-España Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº24, 2013, p. 8 doc. pdf. Reconoce la internalización de costes de los principios cooperativos.

6. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia: “Algunas consideraciones sobre el ánimo de lucro en las cooperativas de iniciativa social análisis de su relación con los principios cooperativos”, *CIRIEC-España Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº26, 2015, pp.5-6 versión pdf se hace eco de esta desventaja.

7. En este sentido, CARBAJO CASCÓN, Fernando: “Artículo 15. Violación de normas”. En: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (Dir. Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto), Aranzadi, Pamplona, 2011, p.419. De conformidad con el citado autor, este artículo originariamente se concibió para perseguir los efectos de la economía sumergida derivados de la infracción de normas de la Seguridad Social y tributarias, en la actualidad se ha aplicado a supuestos de conculcación de normas muy dispares.

8. En este sentido, la STS de 13 de marzo de 2000.

frontalmente una ley⁹. Si el acto enjuiciado no causa un perjuicio que afecte al funcionamiento eficiente del mercado no puede calificarse como desleal¹⁰.

No en vano, dentro de la clasificación sistemática que hace la doctrina sobre el catálogo de actos concretos de Competencia Desleal, la violación de normas se configura principalmente como un acto contrario al mercad¹¹. De forma unánime doctrina y jurisprudencia coinciden que el fundamento ulterior de la norma es la protección de la *par conditio concurrentium* o lo que es lo mismo, *el mantenimiento del principio de igualdad entre los competidores*¹².

En este punto, el Tribunal Supremo ha llegado a indicar que el fundamento del artículo 15 LCD no es defender la libre competencia, en la medida que puede haber disposiciones legales que son contrarias a la misma¹³. En ocasiones, se ha apuntado también que la finalidad de la norma es defender la transparencia¹⁴.

Con todo, y aunque no sea el objetivo principal o siquiera subsidiario del precepto, el mismo tiene un claro efecto social positivo, en la medida que fomenta el cumplimiento de las normas legales. Por un lado, incentiva a los operadores económicos privados a defender sus intereses en un contexto de mercado. Por otro lado, desincentiva a los infractores, porque al tratarse de infracciones con presupuestos independientes, no son excluyentes. A la preceptiva sanción del órgano que corresponda por la infracción de la norma principal, podrán acumularse las previstas en la LCD si la conducta infringe además el artículo 15 LCD¹⁵.

9. Por todos, y con especial énfasis, SOLER MASOTA, Paz: “Infracción de normas como acto de competencia Desleal”. En: *Cuadernos de derecho judicial*, núm.11, 2002, pp. 183-208, 187 y 188.

10. En este sentido, MASSAGER FUENTES, José: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 432.

11. Al margen de la llamada doble cláusula general, dentro del catálogo supuestos de Competencia Desleal, la doctrina hace una división de estos últimos en actos contrarios a los intereses de los competidores, de los consumidores y los opuestos al funcionamiento del mercado. Vd. Por todos, GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza & FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: *Derecho Mercantil, parte primera*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023. p. 185.

12. La STS de 29 de mayo de 2008 Sección 1ª, ECLI:ES:TS:2008:3796.

13. De forma literal la STS de 17 de mayo de 2017 ECLI:ES:TS:2017:1922 señala que “No se protege propiamente la libre competencia, porque es posible que las normas concurrenciales que se infrinjan regulen un mercado intervenido. Se protege la igualdad de los concurrentes, que deben actuar en igualdad de condiciones y no desde posiciones concurrenciales aventajadas, obtenidas por la infracción de las normas reguladoras del mercado”.

14. SOLER MASOTA, Paz: “Infracción de normas como acto...”, ob. cit., p. 188.

15. Observación esta última realizada por CARBAJO CASCÓN, Fernando: “Artículo 15. Violación de normas...”, ob. cit., p. 412.

II. Disposiciones legales incluidas en los distintos apartados del artículo 15 LCD

La primera cuestión que plantea dificultades interpretativas en relación con el artículo 15 LCD es la relativa a la terminología. El título del artículo es *Violación de normas*, sin embargo, en el párrafo primero se hace referencia a la infracción *de leyes*, en el segundo, a la *simple infracción de normas jurídicas*, en el tercero, a la *legislación* y en el apartado cuarto, al incumplimiento reiterado de *normas* de lucha contra la morosidad de las operaciones comerciales.

Algún autor ha sostenido que esa diferencia terminológica no es baladí, y responde a una diferente acepción del objeto material de la infracción¹⁶. Esta posición se justifica en la medida que cada párrafo hace referencia a la transgresión normas con una finalidad específica; *i*) la regulación de la actividad concurrencial (15.2.LCD), *ii*) la contratación de extranjeros (15.3. LCD) *iii*) la lucha contra la morosidad (15.4.LCD), y *iv*) otras distintas de los apartados anteriores (15.1. LCD)¹⁷.

De conformidad con esa línea, el término *Ley* habría de interpretarse en sentido estricto, excluyendo todas aquellas disposiciones de rango inferior a las leyes orgánicas u ordinarias¹⁸. Por el contrario, el concepto de *normas jurídicas*, sería más amplio, incluyendo todas aquellas normas que posean los requisitos de imperatividad, generalidad y coercibilidad¹⁹. El término *legislación* (sobre extranjería) haría referencia a cualquier norma que pueda regular esa materia²⁰. Finalmente, si se extendiera este argumento, la locución de *normas* (de lucha contra la morosidad), podría aplicarse también a disposiciones que no reúnan estos requisitos de imperatividad, generalidad y coercibilidad²¹, en la medida que el artículo hace referencia al término *normas*, en

16. En este sentido BARONA VILAR, Silvia: *Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional, especialmente del proceso civil y extrajudicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 624.

17. En puridad, en virtud del artículo 15.1 “Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes”. Este sería el supuesto general frente a otros supuestos.

18. BARONA VILAR, Silvia: *Competencia Desleal tutela ... ob.cit.*, p.624. Cabe destacar que esta fue la posición original del TS en las STSS o STS 271/2000, de 13 de marzo de 2000 RJ 2000/1207, y también fue la posición de la STS 593/2000, de 16 de junio.

19. Sobre este extremo, en relación con el 15.2, la SAP Baleares de 1 de febrero de 2000, AC 2002/398.

20. De forma literal, BARONA VILAR, Silvia: *Competencia Desleal tutela ... ob.cit.*, p. 624.

21. Siguiendo esta línea podría aplicarse este artículo en el ámbito contractual. Por ejemplo, cuando dos empresarios hayan pactado plazos más cortos para el cumplimiento de las obligaciones de pago que los establecidos en la Ley, y estos sean incumplidos.

detrimento de la locución *normas jurídicas* utilizado en el apartado segundo, habría que interpretar el primero en un sentido más amplio²².

Ello no obstante, y al menos en relación con los párrafos primero y segundo, que son los originarios del artículo y aglutinan la gran mayoría de los supuestos posibles, la doctrina mayoritaria²³ aboga por una equiparación entre los términos *leyes* y *normas jurídicas*²⁴, dotando al primero de un carácter más amplio que el estrictamente formal.

Esta interpretación, actualmente aceptada por la jurisprudencia²⁵, parece más acertada, teniendo en cuenta que lo contrario implicaría ignorar la realidad fáctica de que un competidor puede obtener una ventaja significativa vulnerando normas que no tengan por finalidad regular la competencia y sean de rango inferior a la Ley formal²⁶. Desde una perspectiva finalista, no parece que exista una justificación para hacer prevalecer el criterio formal en supuestos donde la *par conditio concurrentium* se ve claramente menoscaba²⁷.

22. No parece que esta fuese la intención del legislador. Como señala GARCÍA VIDAL, Ángel.: “El incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: un nuevo acto de competencia desleal”, p. 2. Disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/10/Incumplimiento_normas_morosidad.pdf. Última consulta 15 de julio de 2022. El apartado 15.4 LCD fue introducido por la Ley La Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, conocida como “Ley Crea y Crece” y vendría referido principalmente al incumplimiento de las disposiciones de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

23. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Competencia desleal por infracción de normas”. En: *RdM*, núm. 201, 1991, p. 715; MASSAGUER FUENTES, José: “Comentarios...”, ob. cit., pp. 434-435; 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, en *RCD*, nº3, p. 5 doc pdf. (Consultado en Smarteca); EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: “Comentario al art. 15 LCD”. En: *Comentario práctico a Ley de Competencia Desleal* (Dir. Martínez Sanz, Fernando), Tecnos, Madrid, 2009 p. 259; CARBAJO CASCÓN, Artículo... ob. cit. p. 409.

24. CARBAJO CASCÓN, Fernando: “Artículo. 15, Violación de normas... ob.cit., p.411, sostiene, a mi juicio acertadamente, que el término de “legislación sobre extranjería” acuñado en el párrafo tercero, debe incardinarse dentro de esta interpretación unitaria.

25. En este sentido, resulta de relevancia la STS 500/2012, de 24 de julio de 2012, que en relación con el artículo 15.1. señala que la norma jurídica infringida “no necesariamente debe de gozar de rango legal”.

26. Sobre este extremo, en particular PEÑAS MOYANO, Benjamín: “la violación de normas concurrenciales...”, ob. cit., p. 5 del doc. pdf.

27. Ello no obstante, en alguna Sentencia el tribunal Supremo se mantuvo el criterio formalista. Así, la STS de 13 de marzo de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:1971, señalando que El artículo 15.1 LCD “es de naturaleza extensiva, pues no atiende al contenido de la norma sino a su forma” y el artículo 15.2 “es, por el contrario intensivo” pues “lo importante es el fono y no la forma”.

La equiparación entre ambos conceptos requiere, en todo caso, delimitar que preceptos se incardinan como *normas jurídicas*. El mínimo común denominador es el cumplimiento de los requisitos de imperatividad, generalidad y coercibilidad²⁸. Ahora bien, no es necesario que las normas sean vinculantes para todos los agentes concurrentes del mercado, sino que pueden serlo para grupos específicos de operadores económicos²⁹. Esto permite incluir, además de disposiciones reglamentarias, normas de corte autonómico o local, convenios colectivos, normas que impongan cargas o deberes, e incluso las circulares de agencias como la CNMC o la CNMV³⁰.

En sentido opuesto, quedarían excluidos con carácter general los actos administrativos³¹, las obligaciones contractuales, porque solo tienen eficacia de Ley entre las partes³², y las normas que conceden derechos subjetivos a los particulares (v.gr. derechos de Propiedad Intelectual), por considerarse que su violación afecta únicamente al perjudicado³³.

De conformidad con lo anterior, parece que los principios orientadores de la Economía Social, pese a su importancia, no pueden invocarse bajo el paraguas del artículo 15 LCD. Pese a la voluntad del legislador de fomentar e incluso imponer su cumplimiento a las denominadas entidades de la Economía social³⁴, estos principios carecen de la nota de coercibilidad, en la medida que su incumplimiento no lleva aparejado una sanción directa³⁵, no son por lo tanto normas jurídicas en sentido estricto.

28. Entre la jurisprudencia más reciente, la SAP Bilbao 395/2022 de 03 de febrero de 2022- ECLI:ES:AP-BI:2022:395.

29. EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: “Comentario al...”, ob. cit., p. 259.

30. CARBAJO CASCÓN, Fernando.: Comentario... ob. cit. p. 409.

31. En este sentido la STS de 24 de julio de 2007, RJ 2007/4705. Ello no obstante, como señala REBOLLO PUIG, Manuel: “Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial”, *Revista de Administración Pública*, nº 210, 2019), pp. 139-174,154, sí que podrá darse el supuesto de violación de normas cuando el acto administrativo únicamente concreta o aplica un determinado un deber legal.

32. MASSAGUER FUENTES, José: “Comentarios...”, ob.cit. p. 436; CARBAJO CASCÓN, Fernando: “Comentario...” ob. cit. p. 409.

33. Sobre este extremo, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Competencia desleal por infracción...”, ob. cit. p. 695: señala que si puede aplicarse el artículo 15 LCD cuando el derecho de exclusiva este protegiendo intereses generales. El mencionado autor pone de ejemplo los supuestos de concesionarios públicos.

34. FAJARDO GARCÍA, Gemma: “La identificación de las empresas de economía social en España. problemática jurídica”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, pp. 99-126, 107.
<http://dx.doi.org/10.5209/REVE.60209>

35. La Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social no prevé sanciones ante el incumplimiento de estos principios rectores.

Sin embargo, esos principios que la ley predica sobre las Entidades de la Economía Social son susceptibles de atraer a consumidores que estén ideológicamente alienados con aquellos. Podría argumentarse que su incumplimiento puede reconducirse como un acto de engaño de conformidad con lo dispuesto en los arts. 5 y 7 LCD. A mi juicio, la vaguedad de los principios recogidos en el art. 4 LES invalida que su mero incumplimiento pueda calificarse como una omisión engañosa³⁶. Cuestión distinta es que el operador económico realice campañas de promoción de esos principios y su adherencia a los mismos para atraer clientela, y después los incumpla flagrantemente, en ese marco sí podría ser de aplicación el artículo 5 LCD³⁷.

Con todo, no se puede obviar que muchos de estos principios están integrados en normas imperativas cuya vulneración, al margen de la sanción pertinente, si podría perseguirse como un supuesto de infracción de normas cuando se materialice en una ventaja competitiva significativa. En particular, el incumplimiento del *fin primordial* de las empresas de inserción³⁸, o la constitución de falsas cooperativas con la finalidad de obtener subvenciones o bonificaciones fiscales³⁹ podría perseguirse siempre que ese acto proporcione una ventaja competitiva significativa al infractor que vaya más allá del enriquecimiento patrimonial⁴⁰.

En el mismo marco de falsas cooperativas, mención especial requieren los casos de cooperativas dependientes de otra empresa principal, cuya finalidad es ahorrar costes

36. Señala MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: "Artículo 7: Omisiones engañosas". En: *Comentarios a las Ley de Competencia Desleal* (Dir. Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto), Aranzadi, pamplona, 2011, pp. 150-196, 173, la omisión ha de tener una magnitud tal que altere el comportamiento económico del consumidor. No parece que este pueda ser el caso, en la medida que requerirá que el consumidor conozca la forma social de la empresa a la que compra y los principios vinculados legalmente a esa empresa.

37. Están regulados en el artículo 5 LCD. Se ha de tener en cuenta que cuando el engaño sea contrario a los consumidores, la deslealtad de la conducta se medirá tomando como referencia el parámetro del consumidor medio.

38. En este contexto, conviene recordar que el artículo 19.2 bis, de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre para la regulación del régimen de las empresas de inserción sanciona como una infracción muy grave: *Desarrollar las actividades sin cumplir el fin primordial de las empresas de inserción de integración sociolaboral de las personas en situación de exclusión social*.

39. De conformidad con el artículo 38.3. b) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: Son infracciones muy graves: ... b) La transgresión de las disposiciones imperativas o prohibitivas de la Ley de Cooperativas, cuando se compruebe connivencia para lucrarse o para obtener ficticiamente subvenciones o bonificaciones fiscales.

40. En la práctica, no obstante, es difícil que la transgresión aislada de una norma fiscal implique una ventaja competitiva significativa. Sin embargo, en economías locales, una subvención relativamente cuantiosa si que podría suponer una ventaja competitiva significativa.

a la primera a través de la incorporación de socios que formalmente son autónomos, pero materialmente son trabajadores (falsos autónomos)⁴¹.

Obsérvese que en estos supuestos la cooperativa pudo haber sido constituida con la finalidad de actuar fraudulentamente⁴², pero también pudo constituirse en su origen con base en los principios cooperativos, y posteriormente devino en esta praxis, por voluntad o quizá por supuestos de dependencia económica con el principal. En cualquier caso, existe un abuso de la forma social escogida⁴³, que sirve para eludir los preceptos imperativos de la legislación laboral. Por ello, en la medida que existe una infracción cuyos efectos van más allá de las relaciones de la sociedad con terceros, con sus socios, o de los socios entre sí, la ventaja competitiva derivada de la misma si sería susceptible de perseguirse por la vía del artículo 15 LCD⁴⁴.

Finalmente se ha de hacer mención expresa a los códigos de conducta por la relación que tienen dentro del marco de la Economía Social. Nuevamente, el problema planteado es que, a pesar de su fomento desde los poderes públicos y organizaciones internacionales, se trata de conductas no exigidas por ley, que encajan dentro denominado *soft law*. Debido a que carecen de una eficacia vinculante plena⁴⁵ y que la adhesión a los mismos no resulta obligatoria. Por ello el incumplimiento de un código de conducta no es perseguible en virtud del artículo 15 LCD.

41. Sobre casos de falsas cooperativas y abuso de la forma societaria, es especialmente reseñable la STS 2263/2018, 18 de mayo de 2018 - ECLI:ES:TS:2018:2263. En el caso enjuiciado el tribunal considera que se persigue fraudulentamente la aplicación del artículo 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores.

42. FAJARDO GARCÍA, Gemma: “Falsas cooperativas de trabajadores y medidas adoptadas por los poderes públicos en España para combatirlos”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 30, 2019, pp. 1-40.

43. Sobre el abuso de la forma social en cooperativas de trabajo, GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel: “Falsas cooperativas, usos abusivos y derechos de los trabajadores. análisis jurisprudencial y propuestas de actuación”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, 2018, p.114. Por otro lado, frenar los abusos de forma social es uno de los objetivos del Anteproyecto de ley integral de impulso de la economía social destinadas a perseguir las falsas cooperativas.

44. Todo ello sin perjuicio de que se persiga la infracción principal en la jurisdicción social. En relación con estas medidas, TODOLÍ SIGNÉS, Adrián, en: “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de falsas cooperativas”. En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (FAJARDO GARCÍA, Gemma, coord.), CIRIEC-España, Valencia, 2018, pp. 87-92, 89, señala son de aplicación a las falsas cooperativas todas las regulaciones antifraude incluyendo la cesión ilegal, las empresas interpuestas, ficticias o la abusiva configuración de grupo de empresa. En el marco actual.

45. Sobre esta afirmación, ALTZELAI ULIONDO, Igone: “Compromiso social de la empresa y mercado”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 30, 2017, p. 9; ‘Parcialmente en contra, MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos Juan: “Los códigos de conducta como fuente de derecho”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, 361-375., 372 y ss. El mencionado autor señala que los códigos de conducta, considerados como costumbre sí son normas jurídicas.

Sin embargo, el legislador parece haber previsto este extremo y tipifica expresamente la infracción de estos códigos como una modalidad de acto de engaño en el art. 5.2 LCD. Pero no basta la mera infracción del código de conducta, sino que es preciso que el infractor indique en una práctica comercial que está adherido al mismo. En puridad, no se sanciona el incumplimiento del código, sino el engaño frente a terceros, y más concretamente, la ventaja competitiva derivada de ese engaño. En todo caso, el artículo 5.2. LCD parece referido a los llamados códigos de conducta explícitos y formales⁴⁶, con un órgano de control de los Códigos de conducta⁴⁷.

Por otro lado, en dicho marco puede ocurrir que algunas de sus normas sean desleales, restrictivas de la competencia o ilícitas por incumplir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. En el último caso, considero que si podría ser de aplicación el artículo 15 LCD en relación con la norma legal infringida, pues resulta obvio que los sujetos adheridos a un código de conducta con disposiciones ilícitas no pueden prevalerse de esa circunstancia para obtener una ventaja competitiva frente a terceros. En todo caso la aplicación del artículo 15 LCD parece que debe ser acumulable con la del artículo 38.1 LCD, que permite ejercitar las acciones de cesación o rectificación de las informaciones frente a esos códigos de conducta⁴⁸.

III. Legitimación

De conformidad con la Ley de Competencia Desleal, quedan vinculados a la misma no solo empresarios y profesionales, sino también las personas físicas o jurídicas que participen en el mercado⁴⁹. Este amplio ámbito subjetivo requiere una matización, dado que existe un catálogo de supuestos que únicamente pueden invo-

46. MARÍN RIVES, Longinos, J., ARCAS LARIO, Narciso, MARTÍNEZ LEÓN, Inocencia & OLMEDO CIFUNETES, Isabel: "Transparencia, gobierno corporativo y participación: claves para la implantación de un código de conducta en empresas de economía social", *REVESCO revista de estudios cooperativos*, nº108, 2012, pp. 86-112, 89: 10.5209/rev_REVE.2012.v18.39588 . Señalan esos autores que los Códigos de conducta formales son menos comunes entre las Entidades de la Economía Social que entre las grandes corporaciones.

47. Refuerza esta tesis el hecho de que las acciones de cesación o de rectificación de las informaciones incorrectas o falsas no pueden interponerse directamente en vía judicial, sino que es preciso presentar instancia ante el órgano de control del código de conducta, solicitando la cesación, la rectificación y el compromiso de evitar la reiteración.

48. Ante el incumplimiento del artículo 15 LCD se podrán ejercitar el elenco acciones del art. 32 LCD contra aquellos sujetos que se beneficien de la ventaja competitiva derivada de la infracción de la norma jurídica (que no del código de conducta). Frente al código de conducta ilícito se ejercerán las acciones del 38 LCD.

49. Art. 3 LCD.

carse cuando existe una relación entre empresario o profesional⁵⁰ y un consumidor⁵¹. Ello no obstante, el artículo 15 LCD, por su ubicación sistemática no está incluido dentro de ese catálogo.

En líneas generales, las entidades de la Economía Social quedan suscritas al ámbito subjetivo de la LCD, en la medida que son operadores económicos de mercado. A tales efectos es irrelevante que constituyan formas jurídicas privadas o actúen como corporaciones de derecho público (v.gr., cofradías de pescadores)⁵². Estas entidades ostentarán legitimación activa para ejercitar una acción individual cuando *sus intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la infracción*⁵³ y legitimación pasiva cuando sean presuntos infractores o cooperadores de la infracción⁵⁴.

También ostentan legitimación activa, aunque limitada, las asociaciones y corporaciones profesionales representativas de intereses económicos de sus miembros. La limitación es doble, por un lado, y conforme a una interpretación literal del texto legal, solo pueden defender los intereses económicos de sus miembros, quedando excluidos intereses generales del sector en el que actúan⁵⁵; por otro lado, el catálogo de acciones que pueden ejercitar está limitado⁵⁶.

La LCD tampoco exige una relación de competencia directa entre el sujeto que conculca tal Ley y el perjudicado por ese incumplimiento. En este punto, el acto de violación de normas regulado en el artículo 15 LCD no presenta a priori ninguna excepción explícita. Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado

50. Como señala, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto: "Artículo 3. Ámbito subjetivo", *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Dir. Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto), Aranzadi, Navarra, 2011, pp.73-92, 87. Los términos de empresario y profesional incluyen al tradicional comerciante.

51. Estos serían todos los actos incardinados en el capítulo III de la Ley de Competencia Desleal.

52. Sobre la naturaleza jurídica de las cofradías de pescadores como corporaciones de Derecho Público, BOTANA AGRA, Manuel José & MILLÁN CALENTI, Rafael Álvaro: "Cofradías de pescadores", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 29, 2016, p. 7.

53. Art. 33 LCD.

54. Art. 34 LCD.

55. VEGA VEGA, José Antonio: "Artículo 33. Legitimación activa", *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, Aranzadi, Navarra, pp.889-928,913. Este autor, señala, no obstante, que no es preciso que la conducta desleal afecte de forma directa a los intereses económicos de la asociación o corporación profesional, sino que una afectación indirecta es suficiente. p. 914.

56. En particular, no pueden ejercitar las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto.

cuyos intereses económicos resulten perjudicados por este ilícito desleal estará legitimada para ejercitar la acción individual.

En relación con este supuesto, como ha señalado certeramente la doctrina, la legitimación pasiva no se construye al sujeto que conculca la norma que da origen al ilícito desleal, sino que alcanza a cualquier sujeto que se prevalega de la ventaja competitiva derivada de esa infracción normativa⁵⁷. En todo caso, parece que siempre podrá demandarse al sujeto que infringe la norma que derivó en una ventaja competitiva para un tercero, porque se trataría de un cooperador necesario del ilícito desleal, y la LCD permite ejercitar acciones contra estos últimos⁵⁸.

IV. Posibles supuestos de aplicación asimétrica del artículo 15 LCD

1. Asimetría derivada de un contexto de fragmentación normativa

Obsérvese que, de conformidad con lo expuesto hasta el momento, se suele partir de la premisa de que le perjudicado en términos competitivos es el sujeto que cumple la norma, en detrimento de aquél la incumple. Cabe no obstante plantearse, si quiera hipotéticamente, si podría prosperar la demanda de un operador económico al que no le resulta de aplicación una norma, frente a un tercero que infringe una norma que sí le resulta de aplicación. Se trata en todo caso de una cuestión de fondo, ligada al fundamento del artículo 15 LCD.

Conviene traer a colación un primer grupo de casos. El contexto de fragmentación normativa que existe tanto en España como en el propio territorio de la Unión Europea implica que operadores económicos que compiten entre sí en el mismo sector puedan tener una normativa aplicable diferente en función de su ubicación geográfica. Indudablemente, pueden darse condiciones dispares si en un Mercado Único existen zonas geográficas con una normativa medioambiental, fiscal, laboral o de otra índole que se repercute en los costes de fabricación y comercialización de bienes o en la prestación de servicios⁵⁹. En ese marco, podría darse la paradoja de

57. En particular, enfatiza en este extremo, CARBAJO CASCÓN, Fernando: “Violación de normas...” ob. cit., p. 424.

58. CARBAJO CASCÓN, Fernando: “Violación de normas...” ob. cit., p. 424.

59. Sobre este extremo, en la doctrina DE LA CUESTA RUTE, José María: “El código mercantil y el principio de unidad de mercado”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 47-64, 58. URI: <http://hdl.handle.net/10016/21086>, señala que, en el marco actual, el Mercado único nacional y el de La UE es compatible con

que el competidor que únicamente por razones territoriales goza de una normativa más laxa, demandase al competidor incumplidor de una normativa más estricta por la vía del artículo 15.1 LCD, alegando que este último está obteniendo una ventaja competitiva por el ahorro de costes derivados de la infracción.

La cuestión estriba en la interpretación que se haga del término ventaja y del marco de referencia con el que se contraste. Si se interpreta como una *circunstancia o situación que da superioridad*⁶⁰ competitiva, y únicamente se toma como referencia la norma infringida, no existiría tal ventaja. Ello es así en la medida que el sujeto al que no se le exige el cumplimiento de la norma tiene, *ad origen*, una posición de partida ventajosa frente al sujeto al que sí se le exige, dado que el incumplimiento, todo lo más, le permitirá igualar la posición del primero⁶¹.

Por el contrario, si se interpreta la ventaja derivada de la infracción como una mejora en la capacidad competitiva del infractor, tomando como referencia la posición global de sus competidores en el mercado, sí que podría existir un menoscabo competitivo en la medida que a través de la infracción ahorra costes que le permiten, sino equipararse, sí al menos acercarse a los competidores a los que no se les exige el cumplimiento de esa norma. Es más, el ahorro de costes derivado de la infracción, sumado a otros elementos lícitos y exógenos a la misma, (v.gr., una estructura organizativa y productiva más barata que la de sus competidores) puede ser un detonante para otorgarle al infractor una mejor posición sobre sus competidores, o lo que es lo mismo, una ventaja competitiva sustancial.

A priori, esta última interpretación podría justificarse, y ello porque si en el contexto de un Mercado Único la fragmentación normativa es una realidad, también lo es la consagración del principio de libertad de establecimiento (Art. 46 TFUE), que permite a los operadores económicos escoger el lugar donde van a realizar su actividad empresarial.

aquellas divergencias normativas que únicamente “suponen incremento de los costes sin afectar a otros aspectos del proceso productivo”, ello sin perjuicio de que esas diferencias puedan ser perjudiciales desde una perspectiva económica.

60. Esta es la primera acepción de la RAE del término ventaja.

61. Aunque de forma análoga, esta podría ser una tesis sostenida en la doctrina por SUÑOL LUCEA, Aurea: “Actos de imitación desleal por comportar un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno: Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2010”. En: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Dir. Izquierdo Tolsada, Mariano), vol. 4, 2011, pp.1074-1115, 1095. La mencionada autora, en relación con los ilícitos desleales por actos de imitación señala que no se infringe el principio de la par conditio concurrentium “porque resulta evidente que... los operadores nunca parten de una posición de igualdad y que el imitador nunca duplica los costes soportados por el pionero, pues por definición se ahorra siempre algunos...”.

Sin embargo, al principio del trabajo se ha señalado que el fundamento del artículo 15 LCD es la protección “*par conditio concurrentium*”⁶². Si aceptamos ese principio, basado en que los competidores deben concurrir en igualdad de condiciones legales, y que en lo tocante a la violación de normas la doctrina lo ha sintetizado en la máxima “*lo que a mí no me está permitido hacer no debe permitirse a ti tampoco*”⁶³, en líneas generales no parece aceptable que prospere una acción de un sujeto al que no se le aplica una norma frente a otro que, teniendo que cumplirla, la infringe⁶⁴. Es más, si se acepta la posición de la doctrina mayoritaria, en virtud de la cual, la violación de normas es un acto desleal contrario al mercado, en un contexto de fomento de un Mercado Único, no parece razonable aceptar este supuesto, porque dotaría a los competidores que operan desde lugares con normativa más laxa en materia fiscal, laboral, medioambiental, tributaria o de otra índole de una herramienta para proteger ese privilegio. En consecuencia, lejos de fomentar un marco normativo cohesionador, esta interpretación favorecería un marco de competencia legislativa entre los distintos territorios.

También dentro del contexto de la fragmentación normativa, puede darse otro grupo de casos, a saber, que la norma infringida por el demandado sea muy similar, en términos finalistas y de lastre competitivo, a la que tiene que cumplir el demandante. A mi juicio, en esa situación sí que resulta aplicable el artículo 15 LCD. El argumento es sencillo, lo que persigue el artículo es que los operadores compitan en igualdad de condiciones legales, y para ello debe prevalecer un criterio de igualdad material ante las normas, frente a un mero criterio de igualdad formal. Lo contrario llevaría a situaciones disfuncionales, donde el sujeto perjudicado en términos competitivos debería tolerar la infracción. Por ello, parece que la interpretación más acorde para enjuiciar estos casos pasaría por comparar la normativa.

62. MARTIN MARTIN, Gustavo Andrés: “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”, *Revista Electrónica de Direito*, fevereiro, 2018, núm.1, vol. 15, p.178-206, 183, el citado autor sostiene que la *par conditio concurrentium* es el fundamento de la norma, por encima del principio de transparencia del mercado; El mencionado autor se *apoya en la STS, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 2017 (ROJ STS 1922/2017, ECLI: ES:TS:2017:1922)*.

63. *Vd.* ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Competencia...” *ob.cit.*, p. 676, con múltiples referencias a la doctrina alemana.

64. En este contexto nos referimos a grupos de casos donde la norma que genera un perjuicio competitivo se aplica solo a una de las partes por estar en situación geográfica distinta.

2. Supuestos de asimetría en la aplicación de normas que emanan de un mismo órgano soberano

Podemos observar un segundo bloque de casos, que serían los relacionados con normas que emanan originariamente de un mismo órgano soberano, en las que el legislador, partiendo de una presunción implícita o explícita de una posición de desigualdad entre operadores económicos, introduce unas cargas asimétricas a unos frente a otros. Un ejemplo de este tipo de normas (si finalmente entra en vigor y después de su encaje en la normativa nacional) sería la Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y derechos humanos. Esta propuesta normativa, impone una serie de cargas a las empresas que superen el número de empleados y el volumen de facturación fijado en sus Directrices. En este grupo de casos parece que el sujeto al que no se le exige el cumplimiento normativo (una PYME), sí que podría invocar el artículo 15 LCD frente a quien, teniendo que aplicarlo, lo incumple (una empresa con un alto volumen de negocio). Esta conclusión solo se alcanza sobre la premisa de que, en su origen, la norma infringida se concibió partiendo de la base de que existe una asimetría entre operadores económicos (el legislador implícitamente presume que a la gran empresa esas cargas no le van a suponer un perjuicio competitivo), y por ello, su incumplimiento es susceptible de agrandar esa ventaja preexistente⁶⁵.

En otros contextos, como es el de las Entidades de economía Social, la asimetría normativa entre operadores económicos puede surgir porque la forma legal que algunos escogen, por su propia finalidad, lleva aparejada el cumplimiento de una normativa que implica un perjuicio competitivo frente a quienes no lo hacen. Este sería el caso, por ejemplo, de las empresas de inserción⁶⁶. Si un operador económico que se rige por los principios estrictos de mercado, demanda a una empresa de inserción que infringe normas que solo a esta última le son de aplicación, a priori, la demanda no debiera prosperar en tanto en cuanto la infracción solo iguala el punto de partida de ambos competidores.

Cuestión distinta sería que, merced a un uso fraudulento de una de las formas de Entidad de Economía Social, una compañía obtuviese, además, ventajas o subven-

65. Con todo, no se pretende negar que se trata de un supuesto muy extremo, dado que ese tipo de infracciones la diferencia de posición de partida diluirá habitualmente la ventaja competitiva marginal que se pudiera obtener. Cuestión distinta sería llevar cabo un incumplimiento sistemático de normativa de diversa índole que permita abaratar los costes de producción.

66. GARCÍA MAYNAR, María Asunción: "Las empresas de inserción: el derecho al trabajo de todas las personas", *Salud y drogas*, vol. 7, núm. 1, 2007, pp. 107-135, 125. La citada autora se hace eco de los costes adicionales que soportan las empresas de inserción frente a las empresas normalizadas, y se muestracrítica con las denuncias que estas últimas contra las primeras por Competencia Desleal.

ciones de tal calibre que le otorgasen una ventaja competitiva incluso sobre operadores económicos que no se rigen por estas normas. En esa situación, parece que estos últimos sí estarían legitimados para ejercitar acciones en virtud del artículo 15LCD.

V. La infracción general de normas. Supuesto previsto en el artículo 15.1 LCD

1. La infracción de normas no concurrenciales

Como se ha adelantado, para concurran los elementos del acto desleal del artículo 15.1 LCD es preciso que exista i) una infracción de al menos una norma jurídica, ii) que implique una ventaja competitiva para un operador económico y iii) que esa ventaja sea significativa. Debe existir, además, iv) un prevalimiento de esa ventaja⁶⁷.

En lo tocante a la infracción, la doctrina se ha postulado por seguir una interpretación estricta, congruente con la del resto de actos de competencia desleal, en aras de no menoscabar el principio de libertad de empresa⁶⁸. En el mismo sentido ha parecido ir la jurisprudencia, al considerar que quedan fuera del ámbito de protección del art. 15 LCD los casos en los que la infracción normativa no ha quedado acreditada “de forma fehaciente”⁶⁹. El criterio restrictivo se ha mantenido cuando existen dudas razonables sobre la vigencia⁷⁰ o el alcance de la aplicación de una norma⁷¹. Por el contrario, no es preciso que exista una condena judicial o sanción administrativa previa para poder ejercitar la acción del artículo 15 LCD⁷².

67. Realiza esta clasificación, MIRANDA SERRANO, Luis María: “Los modelos de negocio de la competencia ante la Ley de competencia Desleal”. En: *Responsabilidad social corporativa* (Dir. Ruiz Muñoz, Miguel & de la Vega Justribó, Bàrbara), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 403-441, 413.

68. PEÑAS MOYANO, Benjamín: “La violación de normas concurrenciales...” ob., cit. p. 5.

69. V.gr. La SAP Ibiza, de 16 de septiembre de 2016 1610/2016 - ECLI:ES:APIB:2016:1610. el ilícito solo podrá apreciarse en aquellos casos en que haya quedado palmaria y fehacientemente acreditada la infracción de leyes denunciada.

70. STS, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 2017 (ROJ STS 1922/2017, ECLI: ES:TS:2017:1922 Donde no se aplicó la sanción del artículo 15 LCD por considerar que se hacía referencia a una norma obsoleta (Que no derogada).

71. V.gr. En la jurisprudencia menor más reciente, la SJM Madrid de 23 de marzo de 2023 M 1171/2023 - ECLI:ES:JMM:2023:1171. El juzgador desestima la aplicación del art. 15 LCD por considerar que es dudoso que una academia de idiomas que organiza viajes puntuales tuviera la condición de empresario turístico y en consecuencia le fuese de aplicación la LOCTM.

72. V.gr., SAP Almería de 27 de mayo de 2020, - ECLI:ES:APAL:2020:591. Una Cooperativa de crédito fue condenada por violación de normas art. 15.2 LCD. Es el propio tribunal quien determina que se han

Parte de la jurisprudencia ha venido exigiendo que es preciso acreditar que la infracción forma *parte de una estructura organizada que persigue el fin de atentar la libre participación de todos los operadores en el mercado*⁷³. Esta interpretación, no obstante, se aparta de la tradicional configuración de los actos de competencia desleal como ilícitos objetivos e introduce un elemento subjetivo, relativo a la voluntad del infractor⁷⁴. Extremo que resulta criticable porque añade una dificultad probatoria adicional en un supuesto donde la dificultad probatoria no brilla por su ausencia.

2. La ventaja competitiva y el prevalimiento

A la hora de delimitar si existe una ventaja competitiva es preciso saber respecto a que sujetos se debe aplicar esa delimitación. Como se dejó entrever, la ventaja competitiva se ha de medir tomando como referencia la posición competitiva del receptor de la ventaja⁷⁵, que no ha de coincidir *per se* con el infractor de la norma. Cuestión distinta, a efectos de legitimación, es delimitar quien es el perjudicado por esa conducta.

En segundo lugar, es preciso establecer una distinción entre la ventaja competitiva y el mero enriquecimiento económico o patrimonial. Según el criterio unánime de la doctrina, este último no es relevante a efectos del artículo 15.1 LCD. El ejemplo más recurrente es el relativo al ahorro de costes. Con el dinero ahorrado fruto de la infracción reiterada de un elenco de normas, un operador económico podría decidir repartir dividendos o reducir el precio de los productos que oferta en el mercado. En el primer caso, los socios obtendrían un simple enriquecimiento patrimonial; en el segundo, se persigue obtener una ventaja competitiva. Lo que exige la norma es que exista una relación causal entre la ventaja competitiva y la infracción⁷⁶. El nexo de

cometido actos ilícitos recogidos en los arts. 1.1.b y 2.2.c de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, sin que existiese antes ninguna infracción previa; La SAP Ibiza, de 16 de septiembre de 2016 1610/2016 - ECLI:ES:APIB:2016:1610, donde se recuerda que “No es necesario que se produzca la sanción administrativa con carácter previo a la decisión del Juzgado de lo Mercantil”.

73. Entre las más recientes, la SAP Ibiza, de 16 de septiembre de 2016 1610/2016 ECLI:ES:APIB:2016:1610; STS de 24 de junio de 2005 (RJ 2005,4927); SAP de 14 de diciembre de 2005, (AC 20006/438).

74. CARBAGO CASCÓN: “Violación de normas...”, ob.cit. pp. 413 y 422; ILLESCAS ORTIZ, R.: “La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal”. En: *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Madrid, 1992, pág. 116, citado y seguido por, PEÑAS MOYANO, Benjamín: “La violación de normas concurrenciales ...”, ob., cit. pp. 3 y 6.

75. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Competencia...” ob. cit., p. 676.

76. Por todos, MASSAGUER FUENTES, José: *Comentarios...* ob.cit. p. 439.

causalidad ha de ser probado por el demandante, y se concreta cuando *se configura la oferta en términos más atractivos para la demanda de los que podría lograr en caso de no infringir la normativa*⁷⁷.

En la medida que el tenor literal de la Ley exige que el sujeto debe prevalecer de esa ventaja competitiva, la jurisprudencia⁷⁸ y la doctrina han interpretado que se trata de una norma de resultado, y no de peligro. Ello quiere decir que no basta con que exista una ventaja competitiva potencial o abstracta, sino que la misma ha de materializarse⁷⁹. Nuevamente se produce una ruptura con el marco regulador de la Competencia Desleal, que sanciona los actos contrarios a la buena fe objetiva sin la necesidad de probar que se ha producido un daño o perjuicio demostrable⁸⁰. Existe, en definitiva, un doble nexo causal, *i)* entre la infracción y la ventaja competitiva *ii)* y entre esta última y el prevalimiento.

Conviene recordar que la carga de la prueba de cada uno de los presupuestos anteriores corresponde al demandante. De especial dificultad puede resultar probar el prevalimiento, especialmente cuando la ventaja competitiva se materializa en un ámbito distinto en el que se produce la infracción⁸¹. A grandes rasgos esa dificultad puede verse aumentada cuando el infractor es un operador económico de gran volumen, en la medida que le puede resultar más sencillo diversificar el uso del patrimonio del que dispone fruto de la infracción normativa en distintas actividades. Igualmente, las empresas con más solvencia tendrán a priori más facilidades para esperar un tiempo prudencial desde que se comete la infracción hasta que se llevan las acciones destinadas a obtener la ventaja competitiva.

También en relación con el nexo de causalidad en el contexto de violación de normas, lo habitual, y lo lógico, es pensar que primero se produce la infracción normativa y posteriormente se materializa la ventaja competitiva. Sin embargo, podrían darse casos en el que el orden se invierte. El supuesto más paradigmático podría darse en el seno de procesos de licitaciones públicas en concurrencia competitiva cuyas bases

77. En sentido literal, CARBAJO CASCÓN, Fernando: "Violación de normas..." ob. cit., p. 420.

78. STS DE 24 de junio de 2005 ECLI: ES:TS:2005:4186.

79. MASSAGUER FUENTES, José: *Comentarios...* ob.cit. p. 440.

80. CARBAGO CASCÓN, Fernando: "Violación de normas..." ob. cit., p. 421.

81. Señala MASSAGUER FUENTES, José: *Comentarios...* ob.cit. pp.440-441, que, para aplicar el artículo 15.1, no es necesario apreciar la ventaja directamente en el mismo ámbito en el que se produce la infracción. A modo de ejemplo, señala que la venta de productos no homologados puede suponer la venta de estos a menos a menor precio, pero también una reducción del precio y de otros productos complementarios y servicios asociados a los mismos.

priorizan los proyectos de menor coste económico⁸². En ese contexto, un operador económico podría concurrir reiteradamente a varias de estas licitaciones y ganarlas gracias a un ajuste de su presupuesto que solo puede lograr infringiendo normas de diversa índole (v.gr., fiscales, laborales y medioambientales). Se podría afirmar que la ventaja competitiva sobre sus competidores se afianza con la concesión de cada nuevo pliego, sin embargo, la infracción de leyes⁸³ es posterior a cada concesión. Solo cuando se infringe la norma se materializa el tipo del artículo 15.1 LCD. Por el contrario, si finalmente el operador económico cumple la normativa que le es de aplicación, y a consecuencia de ello no puede cumplir con las obligaciones contraídas con la administración, no estaríamos ante el supuesto de violación de normas previsto en el artículo 15 LCD, sino ante un mero caso de incumplimiento frente a la administración.

Un supuesto del que se ha hecho eco la doctrina y la jurisprudencia es el del incumplimiento generalizado de una norma entre todos los competidores⁸⁴. En ese contexto, y en líneas generales, se ha considerado que, en la medida que ninguno de ellos obtendría una ventaja competitiva frente al resto fruto de esa infracción, la conducta no sería perseguible por la vía del artículo 15LCD.

De hecho, si partimos de la premisa de que la totalidad de un círculo de competidores incumplen una norma, solo habría dos supuestos materiales para ejercitar acciones legales. El primero es que el propio demandante sea infractor, en cuyo caso, y sin perjuicio de entrar a valorar si la acción iría en contra de la doctrina de los actos propios⁸⁵, estaría actuando en contra de la equidad en la que se basa el principio de

82. Sobre la infracción de La Ley de Contratos del Sector Público en materia de adjudicación de contratos como un posible acto de violación de normas previsto en el art.15.1 LCD, es reseñable la SJM Murcia 861/2020 de 9 de marzo de 2020 - ECLI:ES:JMMU:2020:861. Aunque se desestima la demanda, en los fundamentos de derecho se considera que este tipo de infracciones son perseguibles por el presupuesto 15.1 LCD y no por el de infracción de normas concurrenciales previsto en el 15.2LCD; Confirma este criterio la SAP Murcia, 1700/2021 de 27 de mayo de 2021º, Secc. 4ª - ECLI:ES:APMU:2021:1700.

83. Obsérvese que en este ejemplo me refero a leyes cuyo espectro de aplicación es general y a las normas que integran las bases del pliego condiciones.

84. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Competencia desleal...” ob.cit., p. 709; EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: “Artículo 15. Violación de normas...”, ob. Cit. p. 261; Con cautela, MASSAGUER FUENTES, José: “Comentarios... ob. cit. 442 y 443.

85. Ello no obstante, aunque realizada en materia de derecho antitrust, parece extrapolable la aseveración de SANCHO GARGALLO, Ignacio: “Aplicación privada de las normas antitrust”. En: *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad* (Dir. García-Cruces, José Antonio), Valencia, Tirant lo blanch, 2014, tomo I, pp. 907- 961, p. 917. El mencionado autor señala que “en aplicación de la normativa española, derivada de la sanción de nulidad de pleno derecho del art. 6.3. C.civ, cuando la causa de la nulidad es la normativa sobre conductas restrictivas de la competencia, no resulta de aplicación el límite de abuso de derecho o de los actos propios, porque los afectados por el ilícito no son solo las partes, sino el mercado, terceros, los consumidores, la competencia...”. En el supuesto del artículo 15 LCD requiere del incumplimiento de una norma

la *par conditio concurrentium*, en la medida que busca anular la ventaja competitiva que obtiene un tercero por una norma que el también infringe⁸⁶. El segundo supuesto es que el demandante no sea infractor de la norma, precisamente porque no le es aplicable, pero sí a sus competidores. Igualmente, estaríamos ante el escenario de que no se parte de una equidad normativa, y por lo tanto, como norma general, no se se menoscaba la *par conditio concurrentium*⁸⁷.

En ambos supuestos, la tesis de no sancionar cuando el incumplimiento es generalizado, no se configuraría como una excepción, sino como la consecuencia lógica de que el fundamento perseguido por la norma es la protección de la *par conditio concurrentium* legal. Por ello, concuerdo con la posición doctrinal que considera aplicable el artículo 15.1LCD desde el momento en que un único competidor cumple la normativa que le resulta de aplicación⁸⁸.

3. La ventaja significativa

El último de los elementos exigidos conforme al artículo 15.1 es que la ventaja competitiva sea significativa respecto del resto de competidores. Lo que persigue el legislador es evitar que cualquier vulneración de una norma legal implique la proliferación de litigios sobre asuntos que no afectan a la posición del infractor en el mercado⁸⁹, extremo que desvirtuaría la función de la norma por ser contrario a la coherencia interna del sistema⁹⁰. En esta línea se ha pronunciado la doctrina más autorizada,

imperativa y los afectados no solo son las partes objeto del litigio. (El art. 15LCD se encuadra dentro de los actos contrarios al mercado); Sobre la validez de la doctrina de los actos propios en relación con los actos de competencia Desleal, BENEYTO, Kilian: "Acciones, legitimación y prescripción en materia de competencia Desleal". En: *Actos de competencia Desleal y su tratamiento procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. pp. 269-312, 307, El citado autor hace referencia a la SAP Lleida 417/2012, secc. 2ª, de 19 de noviembre, que versa sobre un caso de actos de confusión.

86. Desde luego, en parámetros legales y de competencia Desleal no parece válido que el infractor de una norma argumente que otro infractor obtiene un mayor rendimiento competitivo derivado del mismo incumplimiento normativo.

87. Aquí nos remitimos al epígrafe IV del trabajo. En concreto, considero que sí que podría haber infracción de la *par conditio concurrentium* en relación con grupos de normas que emanan de una misma autoridad legislativa e imponen cargas solamente a grupos específicos de operadores económicos partiendo, implícita o explícitamente, de la premisa de que existe una desigualdad material que justifica esa desigualdad normativa.

88. CARBAJO CASCÓN, Fernando: "Violación de normas...", ob. cit. p. 421.

89. EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: "Artículo 15. Violación de normas...", ob. cit. p. 261.

90. Sobre la coherencia, y la ilicitud interna y externa del artículo 15 con la propia LDC, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: "Competencia desleal por infracción...", ob. cit., p. 668 y ss.

señalando que la ventaja obtenida frente a otros operadores económicos ha de ser de una envergadura tal, que les obligue a destinar sus esfuerzos a neutralizarla⁹¹.

Con todo, la locución “*significativa*” no deja de introducir un criterio jurídico indeterminado, que se ha de modular caso por caso⁹² y que el demandante, nuevamente, ha de probar. Una de los criterios que a mi juicio parecen más acertados, consiste en analizar el impacto que tiene la transgresión normativa enjuiciada para desviar la clientela a favor del infractor⁹³.

Como norma general, se considera que no suele existir una ventaja significativa cuando la infracción no es sistemática o continuada, en la medida que es poco común que una transgresión normativa aislada mejore la posición competitiva del infractor⁹⁴. Así, conductas como no cumplir con el deber de cotización a la seguridad social o el incumplimiento de ciertas obligaciones tributarias, que en un principio encajarían dentro de la norma, pueden no ser enjuiciables por no proporcionar esa ventaja competitiva al realizarse de forma aislada. Con todo, la doctrina ha apuntado ciertos supuestos en los que una única infracción puede dar lugar a una ventaja sustancial⁹⁵.

De forma similar, una sola infracción, aisladamente considera puede no tener la entidad suficiente, pero un conjunto de transgresiones de diferentes normas sí que puede alterar la posición de terceros operadores económicos, si se acumulan sus efectos perniciosos. Nada impide a los perjudicados ejercitar una única acción legal en la que se pone de manifiesto la infracción de varias normas. Si bien el análisis relativo a la violación de cada norma habrá que hacerlo de forma aislada, el grado significativo de la ventaja debería evaluarse de forma global, teniendo en cuenta las sinergias anticompetitivas que pueden resultar de la combinación de las distintas infracciones.

91. Sobre este extremo, MASSAGUER FUENTES, José: *Comentarios ...ob. Cit.*, p. 440.

92. EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: “Artículo 15. Violación de normas...”, *ob. cit.* p. 262.

93. Sobre este criterio, MASSAGUER FUENTES, José: *Comentarios...*”, *ob. cit.* p. 440; SOLER MASOTA, Paz: “Infracción de normas...” *ob. cit.* p. 204.

94. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Competencia...” *ob. cit.*, p. 708.

95. CARBAJO CASCÓN, Fernando: “Violación de normas...” *ob. cit.*, p. 421. El mencionado autor hace referencia a normas complejas de carácter técnico, o normas sectoriales de un mercado que afecten a un elevado número de productos o den lugar a agresivas campañas de publicidad que alteren la posición de los competidores.

VI. La infracción de grupos de normas específicos

1. La infracción de normas concurrenciales. Supuesto del artículo 15.2 LCD

Frente al supuesto general del apartado primero, el artículo 15.2 LCD prevé un régimen especial para la infracción de normas concurrenciales. De conformidad con este precepto “*tienen la consideración de desleales las simples infracciones de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*”.

La diferencia más reseñable entre ambos preceptos se basa en que en los supuestos de infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial, el legislador omite las referencias a la necesidad de que se produzca una ventaja competitiva derivada de la infracción, y consecuentemente, al hecho de que la misma deba ser significativa. De conformidad con la doctrina más autorizada, la infracción de normas concurrenciales otorga al infractor una ventaja competitiva con aprovechamiento inmediato⁹⁶. Ello no implica que el legislador prescinda de los efectos competitivos de la infracción, sino únicamente, que la alteración de la *par conditio concurrentium* deriva la propia infracción⁹⁷. En síntesis, el fundamento de la norma permanece inalterado en ambos supuestos, y tiene como finalidad perseguir las conductas de prevalimiento de una ventaja competitiva ganadas merced de una vulneración de normas y no al principio de eficiencia o de propios méritos del operador⁹⁸. La diferencia estriba en que en el segundo supuesto la ley establece una presunción en virtud de la cual la infracción de normas concurrenciales no exige probar el nexo entre la infracción y la ventaja competitiva.

Con todo, en relación con el carácter competitivo de la ventaja, resulta cuestionable si se trata de una presunción *iuris et de iure*⁹⁹ o de una presunción que admite prueba en contrario. Pese a la literalidad de la norma, la doctrina mayoritaria parece optar por la segunda vía, pudiendo el demandado demostrar que la infracción nor-

96. MASSAGUER FUENTES, José: Comentarios a la Ley de competencia... ob. cit., pp. 441 y 442.

97. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Competencia desleal por ...” ob.cit., pp. 684 y 685.

98. SAP Madrid núm. 103/2010 del 23 de abril de 2010 (AC 2010\1017), siguiendo esa definición, SAP Baleares, a 15 de septiembre de 2016 - ROJ: SAP IB 1610/2016 ECLI:ES:APIB:2016:1610.

99. Así, la SAP Madrid 2288/2018 de 31 de julio de 2018 ECLI:ES:JMM:20 Aunque desestima la pretensión, en su fundamento de derecho tercero recoge que: la lesión de una norma que regula el orden concurrencial es en sí misma un acto de competencia desleal; es decir, se presume *iuris et de iure* la obtención de una ventaja significativa en el mercado fruto de la infracción, por cuanto es consustancial a la propia infracción de la norma.18:2288; Aunque sin hacer esta afirmación, Resulta cercana en ese planteamiento la SAP Barcelona 26 de enero de 2000 “es el contenido de la norma lo que convierte su infracción en Desleal, sin necesidad de que concurren los requisitos establecidos en el 15.1 LCD”.

mativa no le ha producido a él o a un tercero una ventaja competitiva significativa¹⁰⁰. Esta posición se sustenta sobre dos argumentos. El primero de ellos es que, de conformidad con el artículo 2 LCD, no pueden considerarse desleales, salvo excepciones, aquellas conductas que carezcan de la finalidad concurrencial, extremo que se daría si la norma infringida no aportase ninguna ventaja competitiva significativa¹⁰¹. El segundo argumento se basa en que los apartados primero y segundo del art. 15 LCD tienen el mismo fundamento, extremo que, en todo caso ha consolidado la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰². En virtud de ello, introducir una interpretación diferenciada entre ambos preceptos implicaría una contradicción valorativa de la norma, que otorgaría una mayor protección a un grupo de casos frente a otro¹⁰³. A efectos procesales, esta conclusión implica que se invierte la carga de la prueba, y corresponde al demandado probar que el acto concurrencial no le ha supuesto ninguna ventaja significativa.

La dificultad estriba en distinguir que normas son concurrenciales de las que no. En este sentido, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo no pone el foco en la finalidad de la norma, sino en el efecto estructural directo que esta tiene en el Mercado¹⁰⁴.

100. MASSAGUER FUENTES José: Comentarios a la Ley... ob. cit. p. 442; PEÑAS MOYANO, Benjamín: "La violación de normas..." ob., cit. p.6 doc. Pdf. Epígrafe 2.3; EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: "Artículo 15. Violación de normas..." ob. Cit. p.263; CARBAJO CASCÓN, Fernando: "Artículo 15. Violación de normas..." ob., cit. p. 425; En la jurisprudencia reciente, la STS de 17 de mayo de 2017, dónde se afirma que, cuando la norma infringida tiene por objeto la regulación de la competencia, dicho incumplimiento suele provocar en la inmensa mayoría de los casos una alteración automática del par condicio concurrentium". Al hablar de una gran mayoría, el TS está reconociendo que puede haber casos aislados en los que esa ventaja no se materializa.

101. Con especial énfasis, PEÑAS MOYANO, Benjamín: "La violación de normas concurrenciales..." ob., cit. p.6 doc. Pdf. Epígrafe 2.3, Siguiendo a, OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, Juan: *Comentarios a la Ley de Competencia Deseal*, Aranzadi, Pamplona, 1994. En ambos casos.

102. La ya citada STS de 17 de mayo de 2017, afirma, de forma literal que: "El fundamento de ambos apartados es común, la represión de la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de normas. La diferente redacción de uno y otro, en cuanto a la exigencia de la prevalencia de la ventaja competitiva significativa, responde a que la mera infracción de una norma que no tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial no supone necesariamente una obtención de ventajas competitivas significativas, y de ahí que se introduzca en el texto del precepto esa exigencia."

103. Sobre este extremo, en la doctrina ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: "Competencia desleal por ...". ob. cit., p. 707.

104. Así lo expresa literalmente la nuevamente la STS de 17 de mayo de 2017, en virtud del cual el artículo 15.2 LCD es de aplicación a aquellas normas que "Configuran de forma directa la estructura del mercado y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los agentes que operan en el mismo... siendo irrelevante, los objetivos perseguidos por el legislador al establecer la norma concurrencial".

Sin perjuicio de que puede resultar de ayuda analizar cuál es la finalidad perseguida por el legislador¹⁰⁵, lo más relevante es distinguir las normas que configuran de forma directa el mercado, y las que lo hacen de o refleja o mediata¹⁰⁶.

La doctrina ha elaborado sendas listas no taxativas que aglutinan grupos de normas que en todo caso tienen la naturaleza de concurrenciales¹⁰⁷. Igualmente, la jurisprudencia más reciente, y continuada, las recopila en cuatro grandes bloques normativos, incluyendo: *i) Las que diseñen en cada momento la estructura del mercado relevante; ii) Las que fijen o incidan directamente en la formación de las condiciones comerciales de los operadores; iii) las que establezcan el modo en el que los operadores han de presentarse en el mercado; y iv) las que regulen el modo efectivo en que han de desenvolverse las estrategias concurrenciales*¹⁰⁸. De forma aún más sintetizada puede concluirse que son normas concurrenciales todas aquellas que *fijan barreras de entrada para el acceso a determinados mercados*¹⁰⁹.

En el contexto de la Economía Social, al menos a nivel estructural, el precepto del 15.2 LCD no parece requerir de una casuística especial. En tanto en cuanto que las Entidades de Economía Social son operadores de mercado, habitualmente les serán de aplicación las mismas normas concurrenciales que a otros operadores económicos del mismo sector (v.gr., licencias para el ejercicio de la actividad, constitución de un seguro de caución).

Ello, no obstante, conviene traer a colación el Anteproyecto de ley integral de impulso de la Economía Social, y en particular el reciente informe de la CNMC sobre el mismo. Entre otras disposiciones legales, el citado Anteproyecto prevé otorgar ciertas ayudas e incluso cupos a favor de las Entidades de la Economía Social¹¹⁰ en pliegos de condiciones públicos. Sin perjuicio de que esa norma sea o no válida conforme a

105. De hecho, esta era el criterio por del TS antes de la STS 304/2017. En concreto, la STS de 16 de febrero de 2011 parece poner el foco en la finalidad de la norma a la hora de determinar su naturaleza no concurrencial.

106. Estas últimas no tendrían la consideración normas concurrenciales. Vd. SSTs de 16 de junio de 2000, (RJ, 2000, 2588), de 16 de febrero de 2011; En la doctrina, con referencia a estas sentencias, CARBAJO CASCÓN, Fernando: "Artículo 15. Violación de normas..." ob., cit. p. 427.

107. De forma exhaustiva, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: "Competencia..." ob. cit. pp. 693-701.

108. Entre otras recogen estos criterios: SAP San Sebastián, de 30 de julio de 2021, secc. 2ª, ECLI:ES:APSS:2021:1395; SJM Madrid 3851/2018, de 11 de diciembre de 2018 ECLI:ES:JMM:2018:3851; SAP Baleares 1610/2016, de 15 de septiembre de 2016 ECLI:ES:APIB:2016:1610; SAP Madrid de 30 de diciembre de 2009, secc. 28ª (JUR 2010, 92351).

109. MIRANDA SERRANO, Luis María: "Los modelos de negocio..." ob. cit., p. 412.

110. Norma disponible en https://ciriec.es/wp-content/uploads/2023/04/Anteproyecto_Ley_Integral_Economia_Social.pdf

nuestro sistema de competencia¹¹¹. A mi juicio, y aunque es discutible, el incumplimiento de sus cupos por parte de la administración en favor de un tercer operador económico y en contra de una entidad de Economía Social beneficiada, sí que podría ser enjuiciable en virtud del artículo 15.2 LCD. Conviene recordar que, aunque la hipotética norma fuese infringida por la Administración, el beneficiario de la ventaja competitiva es un operador económico de mercado. En estos casos no se trataría de un criterio más destinado a promover la eficiencia (en términos puramente de ahorro de costes), sino de un requisito que, *per se*, restringe la libertad de mercado, en el sentido que introduce una barrera de entrada a los competidores que no son Entidades de Economía Social en favor de aquellos que sí lo son. Igualmente considero que, en la medida que esa desigualdad normativa esta prevista por el legislador, sí que existiría una desventaja competitiva para la entidad de Economía Social, basada en el hecho de que al no poder disfrutar de su privilegio legal, explícitamente reconocido por el legislador, se sitúa en una posición de desventaja material respecto a sus competidores¹¹². En definitiva, existiría una infracción de *la par conditio concurrentium legal* preestablecida por el legislador.

2. La infracción de otros grupos de normas específicos. Supuestos previstos en artículos 15.3 LCD y 15.4 LCD

Los apartados de los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 LCD prevén, respectivamente, dos supuestos muy específicos de infracciones i) la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar y ii) el incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad.

La construcción gramatical de los dos apartados es prácticamente idéntica¹¹³. En ambos supuestos, al igual que ocurre en el artículo 15.2 LCD, se omite la referencia a la ventaja competitiva significativa y al prevalimiento de esa ventaja. Desde una

111. En este sentido, la CNMC, en su nota de prensa emitida el pasado 20 de julio de 2023 (IPN/CNMC/011/23) sintetizando las conclusiones de su informe sobre el Anteproyecto de ley integral de impulso de la economía social IPN/CNMC/011/23 de, 23 de mayo 2023, recuerda que: incluir criterios sociales en los contratos públicos debe ajustarse a la Ley de Contratos del Sector Público y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Los objetivos sociales deben conseguirse a través del fomento de la competencia y no a costa de ella.

112. Obsérvese que esa desventaja es la que justifica el privilegio. Cuestión distinta es que esto resulte adecuado o positivo dentro del Derecho de la competencia.

113. La estructura de ambos artículos es muy similar, así el 15.3 LCD dispone que: *“Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería”* y el 15.4 LCD dispone que: *“En el*

perspectiva procesal ello nos permite afirmar que se alivia la carga de la prueba del demandante, que no tiene que probar ninguno de estos extremos. Sin embargo, y por obvias cuestiones de sistemática interna, es preciso que se cumpla el presupuesto objetivo de la Ley de competencia Desleal del art. 2 LCD, a saber, que el acto en cuestión se realice en el mercado y con fines concurrenciales.

En relación con el supuesto de contratación de extranjeros sin permiso de residencia, no creo que el caso enjuiciado se trate de una modalidad especial de acto concurrencial. Entre otras cosas, si esa hubiese sido la voluntad del legislador, podría haber trasladado el contenido del párrafo tercero al párrafo segundo como un caso ejemplificativo de especial relevancia. Por el contrario, si creo que podría incardinarse dentro del marco general del art.15.1 LCD, pero son cuestiones morales y de pragmatismo las que le llevan a regular este caso en un apartado independiente. Como señala la doctrina, el legislador ha pretendido *perseguir con especial dureza comportamientos que son indignos en el tráfico mercantil, y absolutamente contrarios a la buena fe objetiva*¹¹⁴.

De hecho, desde una perspectiva estrictamente competitiva, este supuesto no tiene por qué ser más gravoso que otros que pueden sucederse en el ámbito laboral, también relacionados con la economía sumergida (v.gr., no pagar las cotizaciones ni el alta de quince trabajadores podría más gravoso en términos competitivos que prevalerse de un único extranjero sin permiso de residencia). Sin embargo, desde un punto de vista pragmático, esta disposición queda justificada por una triste realidad fáctica; resulta más fácil prevalerse de extranjeros sin permiso de residencia que de ciudadanos nacionales. Siguiendo esta línea argumental, me parece claro que el fundamento del art.15.3 LCD prioriza la protección de la honestidad del mercado, y en concreto de las prácticas que llevan a cabo los competidores en el mismo, frente a la *par conditio concurrentium* protegida en los preceptos primero y segundo¹¹⁵. Es esa finalidad divergente la que justifica que el legislador lo haya tratado como un supuesto aparte del 15.1 LCD¹¹⁶.

marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal el incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”.

114. CARBAJO CASCÓN, Fernando: “Artículo 15. Violación de normas...” ob., cit. p. 430 y 431.

115. BARONA VILAR, Silvia: *Competencia desleal...* ob. cit. p. 641 y 642. Aunque no de forma literal, parece llegar a esta conclusión. Además, esta autora señala que no sería posible eximirse del presupuesto del 15.3 LCD alegando la generalidad de la infracción. Postura esta última con la que coincido y que tiene su fundamento en la divergencia teleológica que existe entre el apartado tercero, por un lado, y los apartados primero y segundo por otro.

116. Conviene nuevamente traer a colación la STS de 17 de mayo de 2017, que indica que el fundamento de los apartados primero y segundo es común, pero nada dice del apartado tercero.

Finalmente, se debe hacer alusión al artículo 15.4 LCD recientemente incorporado por la conocida como *Ley crea y crece*¹¹⁷ en virtud del cual se considera desleal el incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Por su parte, como ya se apuntó en otro apartado, esta inclusión hace referencia principalmente a la infracción de las disposiciones normativas de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales (de ahora en adelante LLCMOP). Nuevamente, la doctrina apunta que antes de la inclusión de este cuarto párrafo estas conductas podían perseguirse en virtud del artículo 15.1 LCD, que como se ha observado a lo largo del texto, impone una carga probatoria deliberadamente más compleja¹¹⁸.

Conviene aquí hacer una pequeña apreciación. Como ya se ha expuesto en otra parte del trabajo, las obligaciones contractuales no encajan dentro del supuesto del artículo 15 LCD¹¹⁹, por no tener un alcance general y únicamente tener fuerza de ley entre las partes. En puridad, lo que se considera contrario al artículo 15.4 LCD no es el incumplimiento contractual, sino la infracción de un elenco de normas, principalmente las de la LLCMOP, cuyo objetivo establecer un marco normativo armonizado para luchar contra morosidad. Ahora bien, basta una lectura de la Ley para observar que ciertas disposiciones se infringen por el mero incumplimiento contractual anormal del contrato (v.gr., el impago del interés de demora fijado en éste). De hecho, según la doctrina, *el principal efecto práctico que tiene el reconocimiento de este nuevo acto de competencia desleal es que las personas que sufran la morosidad reiterada de una empresa podrán entablar las acciones civiles que reconoce la Ley de Competencia Desleal*¹²⁰.

Parece que el legislador, al introducir este precepto en la LCD, viene a reconocer, si quiera de forma implícita, que el incumplimiento reiterado de las obligaciones contractuales, y en concreto las obligaciones de pago, es susceptible causar una ventaja competitiva al infractor en detrimento del resto de competidores que sí cumplen con las suyas. En concreto, la ventaja competitiva se traduce en la obtención de una mayor liquidez del deudor, lograda a expensas del acreedor¹²¹. La presunción que hace el legislador sobre la existencia de una ventaja competitiva (y no una mera

117. La Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de Creación y Crecimiento de Empresas.

118. GARCÍA VIDAL, Ángel: “El incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad...”, ob. cit. p. 2.

119. MASSAGUER FUENTES, José: “Comentarios...” ob.cit. p. 436.

120. GARCÍA VIDAL, Ángel: “El incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad...”, ob. cit. p. 3.

121. Así lo reconoce la Directiva 2000/35/CE.

ventaja patrimonial), descansa sobre la exigencia de la reiteración de la conducta. Igualmente, parece claro que existirá reiteración de la conducta cuando el infractor incumpla o bien con una diversidad de acreedores, o con el mismo reiteradas veces. En este supuesto se ve claramente la diferencia entre el perjuicio patrimonial, que es causado a los acreedores que no cobran en el tiempo pactado, y el perjuicio competitivo que es causado a los competidores (que rara vez coincidirán con los acreedores), que sí cumplen con sus obligaciones contractuales de pago, disponiendo con ello de menos liquidez.

Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Competencia desleal por infracción de normas”. En *RdM*, núm. 201, 1991, pp. 667-730.
- ALTZELAI ULIONDO, Igone: “Compromiso social de la empresa y mercado”. En *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 30, 2017, págs.1-37.
- BARONA VILAR, Silvia: *Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional, especialmente del proceso civil y extrajudicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BERCOVIZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto: “Artículo 3. Ámbito subjetivo”. En: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Dir. Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto), Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 73-92.
- BOTANA AGRA, Manuel José & MILLÁN CALENTI, Rafael Álvaro: “Cofradías de pescadores”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 29, 2016.
- CANO MONTEJANO, José Carlos: Hiperregulación en la Unión Europea, disponible en https://www.europaciudadana.org/wpcontent/uploads/2013/06/Informe_FEC_Hiperregulacion_.pdf.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando: “Artículo 15. Violación de normas”. En: *Comentarios a las Ley de Competencia Desleal* (Dir. Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto), Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 405-431.
- DE LA CUESTA RUTE, Jose María: “El Código mercantil y el principio de unidad de mercado”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 47-64. URI: <http://hdl.handle.net/10016/21086>
- GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel: “Falsas cooperativas, usos abusivos y derechos de los trabajadores. análisis jurisprudencial y propuestas de actuación”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, 2018.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: “Comentario al art. 15 LCD”. En: *Comentario práctico a Ley de Competencia Desleal* (Dir. Martínez Sanz, Fernando), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 255-272.
- FAJARDO GARCÍA, Gemma: “La identificación de las empresas de economía social en España. problemática jurídica”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 128, pp. 99-126.

- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza & FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: *Derecho Mercantil, parte primera*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: “El incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: un nuevo acto de competencia desleal”, p. 2. Disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/10/Incumplimiento_normas_morosidad.pdf
- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos Juan: “Los códigos de conducta como fuente de derecho”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 361-375.
- MARÍN RIVES, Longinos, J., ARCAS LARIO, Narciso, MARTÍNEZ LEÓN, Inocencia. & Olmedo CIFUNETES, Isabel: “Transparencia, gobierno corporativo y participación: claves para la implantación de un código de conducta en empresas de economía social”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, nº108, 2012, pp. 86-112. DOI: 10.5209/rev_BerREVE.2012.v18.39588
- MASSAGER FUENTES, J.A.: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.
- MARTIN MARTIN, Gustavo Andrés: “La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la transposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo”, *Revista Electrónica de Direito – fevereiro*, 2018, núm.1, vol. 15, pp. 178-206.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: “Los modelos de negocio de la competencia ante la Ley de competencia Desleal”. En: *Responsabilidad social corporativa* (Dirs. Ruiz Muñoz, Miguel & de la Vega Justribó, Bárbara), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel: “Notas críticas a la Ley 14/2011 de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 24, 2013, pp. 1-63.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia: “Algunas consideraciones sobre el ánimo de lucro en las cooperativas de iniciativa social análisis de su relación con los principios cooperativos”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº26, 2015, pp. 187-232.
- 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, *RCD*, nº 3, 2008, pp. 209-232.
- REBOLLO PUIG, Manuel: “Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial”, *Revista de Administración Pública*, nº 210, 2019, pp. 139-174.

- SANCHO GARGALLO, Ignacio: “Aplicación privada de las normas antitrust”. En: *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad* (Dir. García-Cruces, José Antonio), Valencia, Tirant lo blanch, 2014.
- SANZ BAYÓN, Pablo: *El desafecto de la sociedad hacia el mundo del derecho: breve comentario sobre la situación en España*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3226637, p. 12. La versión preliminar está disponible en es publicada en la obra colectiva *Direito, Sociedades e Meio Ambiente*, Coords. (Carvalho Leal, V./Álvarez Robles, T.) Ed. Fasa, Recife, 2018, págs. 151-168. URI <http://hdl.handle.net/11531/13894>.
- SOLER MASOTA, Paz: “Infracción de normas como acto de competencia Desleal”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm.11, 2002, pp. 183-208, 187 y 188.
- SUÑOL LUCEA, Aurea: “Actos de imitación desleal por comportar un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno: Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2010”. En: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, (Izquierdo Tolsada, Mariano) vol. 4, 2011, pp.1074-1115.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián: “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de falsas cooperativas”. En: *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (Coord. Fajardo García, Gemma), CIRIEC-España, Valencia, 2018, pp. 87-92.
- VEGA VEGA, José Antonio: “Artículo 33. Legitimación activa”. En: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Dir. Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto), 2011, Aranzadi, Navarra, pp. 889-928.