

Análisis del artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal

(Supuesto práctico Mercadona)

Trabajo de fin de grado



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Roger Sánchez Güell
NIUB: 16144634

Tutora: Silvia Gómez Trinidad

Doble Grado
Administración y Dirección de Empresas y Derecho
Curso 2016-2017

RESUMEN

El propósito de este trabajo de fin de grado es el análisis del artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal que recoge el supuesto situación de dependencia económica de las empresas, con el objetivo de trasladarlo a la práctica con la empresa Mercadona para determinar si explota la situación de dependencia de sus proveedores. A estos efectos, se inicia el estudio estableciendo un marco general con el origen y evolución del Derecho de la Competencia Desleal, la delimitación con el Derecho de Defensa de la Competencia y finalmente la regulación de la competencia desleal en el ámbito español, todo ello desde un punto de vista doctrinal. A continuación, se presenta el artículo 16 para seguidamente centrarse en el supuesto concreto de la explotación de una situación de dependencia. A partir de aquí, se expone el origen, concepto, encuadramiento y finalidad, pero sobretodo el foco del estudio se centra de manera exhaustiva con el amparo de la jurisprudencia en los dos elementos necesarios para que concurra la norma: la situación de dependencia económica y la explotación de ésta. Finalmente, todo lo examinado se aplica a la empresa Mercadona que se enmarca en el mercado de la distribución alimentaria que está caracterizado por una evidente propensión al abuso de la situación de dependencia de sus operadores.

PALABRAS CLAVE

Competencia desleal, prácticas comerciales desleales, dependencia económica, poder relativo, Mercadona, gran distribución, explotación abusiva, dependencia del proveedor, abuso del distribuidor

TITLE

ANALYSIS OF ARTICLE 16.2 OF THE UNFAIR COMPETITION LAW (PRACTICAL CASE MERCADONA)

SUMMARY

The purpose of this work is the analysis of the article 16.2 of the Unfair Competition Law on the alleged economic dependence of companies. This is done through case study, analysing the case of Mercadona with the aim to determine whether or not the article 1.62. creates higher dependency on suppliers. The study begins presenting the general framework; the origin and evolution of the Unfair Competition Law, its delimitation within Competition Law and its regulation in Spain. This first section done from a doctrinal point of view. In the second section, article 16 is analysed with special regard on the enhancement of a situation of dependency. At this point the origin, concept, framework and purpose of article 16.2 are exposed. Along the study, the subject of this study is supported through jurisprudence, which focuses on the two key aspects of the mentioned article: the situation of economic dependency of suppliers and the progressive exploitation this circumstance. Along this study, all the elements presented above are put in line with the Mercadona case. This provides a better understanding of this situation within a specific market, the food distribution, which characterized for strengthening the situation of economic dependency of the suppliers.

KEYWORDS

Unfair competition, unfair trading practices, economic dependence, relative strength, Mercadona, large retail, abusive exploitation, dependence of supplier, retailer abuse

I. ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL	5
1.	Origen y evolución del Derecho de la Competencia Desleal.....	5
2.	Delimitación con el Derecho de Defensa de la Competencia.....	8
3.	Regulación de la Competencia Desleal en España	11
3.1.	<i>Evolución de la legislación española e influencia europea</i>	11
3.2.	<i>LCD 1991: Finalidad, concepto, ámbito de aplicación y clasificación</i>	12
III.	ARTÍCULO 16: DISCRIMINACIÓN Y DEPENDENCIA ECONÓMICA	15
1.	Contenido y sistematización del artículo	15
2.	Origen y evolución del artículo	15
3.	Finalidad del precepto.....	17
IV.	EXPLOTACIÓN DE UNA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA.....	18
1.	Origen, influencia <i>antitrust</i> y controversias doctrinales	18
2.	Encuadramiento sistemático y finalidad.....	19
3.	Destinatarios y relación relevante	20
4.	Dependencia económica	21
4.1.	<i>Concepto</i>	21
4.2.	<i>Identificación de la situación de dependencia económica</i>	22
4.3.	<i>Criterios para determinar la situación de dependencia económica</i>	27
4.4.	<i>Tipos de dependencia económica</i>	32
4.5.	<i>Explotación de la situación</i>	33
4.6.	<i>Conductas de explotación</i>	36
V.	APLICACIÓN AL SUPUESTO PRÁCTICO: MERCADONA.....	38
1.	Gran distribución y dependencia económica	38
2.	Mercadona.....	40
2.1.	<i>Presentación de la empresa</i>	40
2.2.	<i>Crecimiento de la empresa</i>	40
2.3.	<i>Mercado de distribución</i>	42
2.4.	<i>Marcas blancas</i>	42
2.5.	<i>Interproveedores</i>	44
3.	Aplicación práctica.....	45
3.1.	<i>Explicación de la metodología</i>	45
3.2.	<i>Determinación de la situación de dependencia económica</i>	46
3.3.	<i>Explotación de la situación</i>	49
VI.	CONCLUSIONES	51
VII.	BIBLIOGRAFIA	54
VIII.	ANEXO	57
1.	Gráficos.....	57
2.	Entrevistas.....	58

I. INTRODUCCIÓN

La idea de analizar la situación de dependencia económica de una empresa respecto a otra surgió al visualizar el programa de Salvados "Fenómeno Mercadona" en el que se analizaba algunas de las obscuras estrategias de la distribuidora. Entre éstas se encontraba la posible explotación de la dependencia económica –aunque lógicamente el programa no lo enmarcaba así– de la empresa distribuidora hacia sus interproveedores que se manifestaba a través de exigencias e imposiciones contractuales.

De esta manera, me planteé el objetivo de examinar la hipotética explotación de la situación de dependencia económica de los proveedores de esta empresa. No obstante, la elección de Mercadona no se basó simplemente en eso –pues puedo anticipar que esas prácticas desleales se encuentran a lo largo de toda la cadena de distribución– sino que obedeció a la admiración personal hacia su modelo de las marcas blancas que la consolidó como líder del mercado de la distribución español. Por consiguiente, era precisamente esa vinculación con las marcas blancas, unida a su posición de líder del sector, lo que desde mi punto de vista hacía más vulnerable a sus interproveedores, porque la marca no pertenecía al fabricante, y de ahí que pudiese efectuar fácilmente un cambio de interproveedor de no aceptar determinadas condiciones de la relación.

Consecuentemente, se inicia una investigación profunda sobre el artículo 16.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal que lógicamente venía a recoger el supuesto de dependencia económica.

Por ello, en primer lugar, el estudio establece un marco general relatando el origen y evolución de la Competencia Desleal a partir de la Revolución Francesa hasta la actualidad, encuadrándola en los diferentes modelos y sus respectivas características como recoge *Menéndez*. Seguidamente, se destacan las diferencias entre Derecho de la Competencia Desleal y Derecho de Defensa de la Competencia que, si bien comparten objetivos generales, su delimitación es tan problemática como necesaria porque el procedimiento y enjuiciamiento difiere entre leyes. A continuación, se presenta la Ley de Competencia Desleal de 1991 que sistematizó toda la materia en el ámbito español dando lugar novedosamente al acto de competencia desleal que se estudia. También se resaltan las escasas, pero recientes influencias del legislador comunitario sobre la materia.

Una vez centrada la base de la materia que permita facilitar la comprensión del trabajo, se efectúa un breve relato sobre la evolución del artículo 16 en general, con su controvertida sistematización de la dependencia económica junto a la discriminación que ha ocasionado disparidad en la doctrina, para rápidamente centrarse en el supuesto de dependencia económica.

A partir de aquí el trabajo se focaliza puramente en el supuesto de dependencia económica dividiéndolo el entre sus dos elementos: la dependencia económica y la explotación de esta. Con esto, inicialmente, se efectúa un análisis pormenorizado de los elementos y condiciones que son necesarios para la apreciación de la situación de dependencia económica, y se establece un conjunto de criterios extraídos de la jurisprudencia que inciden en ésta. Posteriormente, se examina la conducta abusiva que presupone la explotación con una ausencia de justificación para que concurra, estando todo ello también complementado por una nutrida investigación jurisprudencial.

Con esto, se inicia el supuesto práctico, y, en primer lugar, se descubre la actual situación de la gran distribución, que es muy comprometida por sus habituales prácticas comerciales desleales –sobre todo en el sector alimentario– debido a la asimetría de poder entre operadores. A continuación, describimos la privilegiada situación de Mercadona, su mercado de actuación, su apuesta por las marcas blancas y la relación con sus proveedores.

Para finalizar, contrastamos los elementos relevantes determinados en el análisis del artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal, con la situación de Mercadona respecto a sus proveedores extraída de la opinión de dos antiguos interproveedores para determinar si efectivamente se perfecciona el supuesto.

II. DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

1. Origen y evolución del Derecho de la Competencia Desleal

A raíz de la Revolución francesa se consagra la libertad de industria y de comercio –denominada comúnmente libertad de competir– como una de las bases esenciales de la nueva sociedad. Por lo que se abandona el tradicional sistema de gremios y corporaciones que eran los que establecían las condiciones y requisitos para poder llevar a cabo cualquier actividad económica.

Con esta novedosa e inédita organización se permitía el libre ejercicio de actividades profesionales y empresariales en el mercado, pero rápidamente se evidenció que era necesario evitar que determinados participantes ingratos perjudicaran a sus competidores con actuaciones incorrectas.

Consecuentemente, la primera manifestación contra la competencia desleal tiene lugar cuando en 1892 una sentencia del tribunal de París declara: "la libertad de concurrencia no justifica el empleo de medios contrariados a los usos de los comerciantes guiados por la buena fe y la lealtad". Esta declaración fue fruto de una interpretación jurisdiccional extensiva de la figura de la responsabilidad extracontractual del Código Civil Francés, con la que se daba cabida a determinadas conductas desleales. Así pues, como se ha empeñado en indicar *Krasser*¹, el origen de la competencia desleal tuvo lugar en los tribunales, sin ninguna legislación que la amparase, centrándose en la mala fe y una cierta condena moral.

De este modo, la competencia desleal aparece de la mano del liberalismo económico en el siglo XIX y es precisamente esta primera etapa la que *Menéndez*² –que se ha encargado de catalogar la evolución de la competencia desleal en tres modelos que iremos viendo– denomina como modelo paleoliberal.

Así pues, en esta fase inicial, la competencia desleal paleoliberal se caracteriza por una regulación fragmentaria y de naturaleza penal. Por consiguiente, solo se prohibían violaciones a los derechos de propiedad intelectual que estaban expresamente previstas en una ley especial, mientras que no existía un sistema general de represión de las conductas desleales. Asimismo, su carácter penal hacía que únicamente se tipificaran las conductas que eran especialmente gravosas para los participantes del mercado.

Concretamente en España, el modelo paleoliberal se manifiesta a través de los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad intelectual de 1902 que tipificaban como delitos la usurpación de derechos de propiedad intelectual y la competencia parasitaria de los derechos registrados.

En consonancia con los postulados liberales que se estaban solidificando, el Estado no debía intervenir en la sociedad sino para salvaguardar la libertad y la propiedad. De ahí que la competencia desleal no resultara incompatible con este ideario liberal porque, aunque restringía la libertad, su objetivo era la protección industrial de los empresarios sobre sus signos. Este hecho lleva a reflexionar y a afirmar a *Menéndez*³ que el incipiente sistema de libre competencia necesitaba la abstención del Estado en la industria naciente y eso solo podía suceder si se dejaba campo libre para limitaciones y modalidades

¹ OTAMENDI, JUAN JOSÉ. *Competencia desleal. Análisis de la Ley 3/1991*. Aranzadi Editorial, 1991. (págs. 31-33)

² MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO. *La competencia desleal*. Civitas Monografías, 1988. (págs. 31-35)

³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO. *La competencia desleal*. Civitas Monografías, 1988. (págs. 67-71)

engañosas, por lo que la presencia de un derecho de competencia desleal general hubiese frenado el gran crecimiento económico de la época.

No obstante, con los primeros años del siglo XX esta regulación de carácter fragmentario y naturaleza penal experimentada por la competencia desleal en sus inicios, se va sustituyendo por una disciplina general, privada y dotada de una impronta profesional que se cataloga como modelo profesional.

De esta manera, como consecuencia de la consolidación y el triunfo del régimen económico liberal, los empresarios presionaron al Estado para que se estableciera una protección jurídica general contra las modalidades competitivas que consideraban incorrectas, por lo que, el único objeto de tutela de la legislación era la salvaguarda de las posiciones adquiridas por las empresas en el mercado. Así pues, durante esta época, en Europa, se llevan a cabo regulaciones de naturaleza corporativa siendo los propios empresarios quienes establecían los parámetros profesionales que se consideraban incorrectos, motivo por el cual el autor *Reich-Wegener*⁴ definió este fenómeno como la "autopurificación de la economía".

Ejemplo de esta primacía de los intereses de los empresarios fue la legislación alemana de 1909 de competencia desleal, que, si bien incluyó la primera cláusula general de prohibición de actos desleales, en su exposición de motivos dejaba claro que la tutela de los consumidores no era objeto directo, sino que dicha ley se dirigía a reforzar la posición de los empresarios y por ello consideraba que de manera recíproca coincidiría con el interés de sus compradores.

En cuanto a la legislación española, el modelo profesional irrumpe –de manera tardía– con la ratificación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1970.

Recapitulando, el comienzo de esta disciplina se sitúa en Francia producto de la labor jurisprudencial, así, hasta entonces la regulación tradicional de la competencia desleal solo trató de proteger a los empresarios frente a sus competidores directos que pudieran perjudicarles, y solo frente a éstos, pues se entendía que si no había una relación de competencia no podría haber competencia desleal.

No obstante, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial se instaura el derecho *antitrust* americano –denominado comúnmente antimonopolio– en Europa a través de la ley alemana contra las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1957. Esta recepción del derecho antimonopolio determina una nueva concepción del derecho de la competencia porque supone un cambio radical frente al liberalismo económico tradicional y da lugar al denominado modelo social de la competencia desleal que aún perdura en la actualidad.

De acuerdo con el planteamiento liberal conquistado en la Revolución francesa, el empresario tenía derecho a competir, pero se trataba precisamente de un derecho. Sin embargo, con la legislación *antitrust* esta noción cambia tal y como de manera literal corrobora *Bercovitz*⁵: "no es que el empresario tenga derecho a competir, sino que tiene obligación de competir". Consecuentemente, el hecho de que la libertad de empresa deje de concebirse como un derecho subjetivo absoluto comporta que sea el Estado quién determine cómo debe ejercitarse, por lo que su misión consiste en establecer las reglas y asegurar el cumplimiento de la libre competencia.

⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO. *La competencia desleal*. Civitas Monografías, 1988 (págs. 67-71)

⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO. *Apuntes de derecho mercantil*. Thomson Reuters, 2014. (págs. 374-376)

Este cambio de paradigma reside en que, si bien la libre competencia implica la aparición de nuevos operadores en el mercado, también supone la desaparición de aquéllos que no consiguen satisfacer las necesidades del mercado, y de ahí, que algunos empresarios para reducir el riesgo que entraña el sistema competitivo pacten con el objetivo de reducir o eliminar la competencia entre ellos, perjudicando al conjunto del sistema.

Con lo cual, en la medida que la economía de mercado basada en la libre competencia se considera el sistema más eficiente para la asignación de recursos al permitir el acceso al mercado de quienes quieran operar en él –sin barreras de entrada– y la existencia de una pluralidad de operadores sujetos a las mismas normas –en plano de igualdad– que actúan independientemente entre sí, es necesario reprimir las prácticas que restringen estos postulados. Así, la competencia en el mercado se concibe como un principio del orden institucional porque comporta que los empresarios tienen que mejorar su tecnología, atender a los gustos y las demandas de la clientela, abaratar sus costos, consolidar una publicidad, entre otras estrategias, y con todas estas actuaciones, mejoran la sociedad.

Lógicamente, con este nuevo planteamiento, quiebra el postulado ideológico propio del modelo profesional de la competencia desleal que afirmaba que los intereses generales y los de los empresarios iban de la mano, y se antepone el modelo social que se caracteriza por proteger todos los intereses de los operadores que intervienen en el mercado.

Por consiguiente, el objetivo de la disciplina de defensa de la competencia –a raíz de la implantación del derecho *antitrust*– ha sido la prohibición de las prácticas monopolísticas para mantener el funcionamiento eficiente del sistema competitivo. Pero realmente para garantizar su correcto funcionamiento no basta con impedir estas prácticas, sino que además es necesario impedir que los competidores utilicen medios ilícitos e incorrectos que desvirtúen el sistema de libre competencia tal y como asegura *Bercovitz*⁶.

Con esto, hay que constatar que en ningún caso la legislación *antitrust* prohíbe que exista una competencia de gran intensidad porque incluso defiende y asegura esta libre competencia hasta llegar al punto en que empresarios que son capaces de ofrecer mejores condiciones de sus productos o servicios provocarán la quiebra lícita de otros. No obstante, es la competencia desleal la que establece límites prohibiendo los excesos de agresividad de dicha competencia.

De ahí que exista la necesidad de una perspectiva unitaria y funcional de la competencia, por lo que la disciplina de la competencia desleal con el modelo social pasa a formar parte de un derecho general de la competencia –a nivel nacional, ya que el legislador europeo se ha ido absteniendo en materia desleal– junto con el derecho antimonopolio debido ambos son fundamentales –al complementarse e incluso llegando a colisionar, tal y como se explicará– para garantizar el sistema de mercado.

De este modo, el modelo social se introdujo en la legislación española con la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Centrando el relato de la evolución, de todo lo anterior se desprende que, a nivel europeo, la adopción del derecho *antitrust* supuso un cambio en la concepción de la competencia desleal al obligar a los

⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO. *Apuntes de derecho mercantil*. Thomson Reuters, 2014. (págs. 297-298)

empresarios a competir porque se consideraba que las prácticas restrictivas del mercado no incumbían únicamente a los competidores, sino a todo el mercado. De este modo, se rompe con el planteamiento ideológico que afirmaba que los intereses generales y el de los empresarios iban de la mano, y se consagra el modelo social de la competencia desleal –que aún perdura– que extiende la salvaguarda a dos elementos fundamentales: el interés general del funcionamiento del mercado y la protección de los consumidores.

En resumen, podemos asegurar que la disciplina de la competencia desleal constituye un fenómeno normativo procedente del liberalismo económico que introduce la libertad de competencia y que pretendía salvaguardar el orden concurrencial de actuaciones desleales, y que como se ha constatado, desde su nacimiento hasta la actualidad ha ido evolucionando siendo influido por las transformaciones de la sociedad a nivel económico, político y jurídico.

2. Delimitación con el Derecho de Defensa de la Competencia

Antes de adentrarnos en la delimitación es necesario constatar que los cuerpos legislativos estatales que se ocupan de la competencia son: la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) –anteriormente era la Ley 16/1989, de 17 de julio– y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD).

Como se ha podido advertir en la explicación del origen y la evolución, el derecho de la competencia desleal tiene un inicio separado del derecho de defensa de la competencia habiendo estado incomunicados debido a sus malas relaciones e incomprendiones. Pero con la incorporación del derecho *antitrust* en el marco jurídico europeo, la competencia desleal recogida en las legislaciones nacionales cambia su concepción abandonando el modelo corporativo y adopta el modelo social en el que se extiende la tutela de los intereses a todos los sujetos que participan en el mercado.

Consecuentemente, al operar de conformidad con el ideario *antitrust*, la competencia desleal también centra su objetivo general en la salvaguarda de la competencia y por ello se busca la unificación de ambos cuerpos legislativos incrementando sus relaciones.

De este modo, diversos sucesos demuestran la lucha por una unidad de ambas en la legislación española: desde un primer momento, en la presentación del primer Proyecto de Ley de Competencia Desleal –que más tarde daría lugar a la Ley de 1991⁷– el portavoz del Gobierno expresó⁸ que la tramitación simultánea de la LCD y LDC no era caprichosa, sino que se hacía a sabiendas de su interrelación puesto que eran piezas complementarias del sistema de Derecho de la Competencia. En efecto, el legislador en esa línea, quiso plasmar –*ut supra*– que la disciplina de la competencia desleal era una pieza auxiliar y complementaria del derecho *antitrust*, y ambas, satisfacían la teoría unitaria de la competencia, de ahí que en la redacción del artículo 1 LCD se recogiera como finalidad general –al igual que en el artículo 1 LDC– la salvaguarda de la efectiva competencia en el mercado. Y para finalizar, en consonancia, parte de la doctrina⁹ llega a afirmar que la regulación de la competencia desleal debe asumir como función general la tutela de la estructura competitiva del mercado.

⁷ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

⁸ ZABALETA DÍAZ, MARTA. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*. Marcial Pons, 2002. (pag. 43)

⁹ ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO. *Libre competencia y competencia desleal*. La Ley, 2001. (págs. 77-78)

Por todo ello, la doctrina y la jurisprudencia españolas ratifican la unidad del derecho de la competencia una vez consolidado el modelo social. Por consiguiente, reconocen a ambas legislaciones una recíproca función complementaria en el sentido de suplir las insuficiencias mutuas, y aseguran que únicamente unidas son capaces de garantizar un sistema de mercado como el reflejado en el artículo 38 de la Constitución Española.

Pero precisamente la problemática entre estos dos aparece en la medida que se ocupan de un mismo objeto de protección: la competencia. Así pues, la teoría de la unidad ocasiona que la frontera entre ambas se desvanezca y se confunda, lo que consecuentemente origina una gran controversia en su delimitación.

De este modo, la difuminación entre la defensa de la competencia y la competencia desleal viene acompañada de una deformación tipológica de las estructuras de los ilícitos concurrenciales clásicos llegando a reconocerse un sistema de mixtos o bifrontes como determinan *Font Galán y Miranda Serrano*¹⁰: la deslealtad se incrusta como un elemento del tipo el ilícito *antitrust*, y a la inversa, el *antitrust* se conforma como un elemento del ilícito desleal. Por lo que se produce un intercambio entre legislaciones que tiene su máxima ejemplificación en el artículo 3 LDC –antiguo artículo 7 de la LDC de 1989¹¹– y en el artículo 15.2 LCD que resultan mixtos recíprocamente y son considerados como normas puentes entre ambas leyes. Pese a que pueda sorprender, como apuntan *Baumbach y Hefermehl*¹²: “que se produzcan supuestos entrecruzados entre estas dos leyes no es de extrañar en cuanto tienen una finalidad compartida”.

Con lo cual, esta concepción unitaria y funcional de la competencia si bien ha sido celebrada con éxito por estar conceptualmente acoplada y sistemáticamente estructurada, esto no excluye que el sistema encierre disfunciones en el funcionamiento del derecho de la competencia debido a que se generan dudas y controversias en la delimitación de los tipos. Ejemplo de ello son las confusiones en la diferencia de los términos de cada rama que se produjo en la tramitación de la Ley de la Competencia Desleal de 1991 así como las críticas al cuestionado ilícito desleal del artículo 3 LDC por su errónea ubicación que ha provocado que una parte de la doctrina¹³ reclame su eliminación.

De ahí que debamos precisar –independientemente del objetivo general– el ámbito de aplicación concreto en cada regulación: Por un lado, la ley de defensa de la competencia tiene como objeto garantizar una competencia suficiente y protegerla frente a todo aquél ataque que pueda producir el efecto de restringir, impedir o falsearla, es decir, se dirige a proteger la libertad del mercado frente a las limitaciones derivadas de los obstáculos no naturales. En efecto, la legislación de defensa de la competencia opera como un control estructural de del mercado por lo que verdaderamente priman los intereses públicos. Mientras que, por otro lado, la regulación de la competencia desleal tiene la finalidad de evitar una competencia excesivamente agresiva que rebase las fronteras de lo lícito y lo correcto al utilizar medios considerados como desleales en el ámbito concurrencial, es decir, su propósito es

¹⁰ FONT GALÁN, JUAN IGNACIO; MIRANDA SERRANO, LUIS M^a. *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*. Marcial Pons, 2005. (págs. 45-48)

¹¹ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia

¹² VIRGOS SORIANO, MIGUEL. *El comercio internacional en el nuevo Derecho Español de la competencia desleal*. Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, 1993. (págs. 21-27)

¹³ “FERNÁNDEZ DIEZ, ESTELA. *Falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal ¿Hay un futuro posible para el artículo 3 LDC?* IX Jornadas Nacionales de la Competencia, 2016.

defender la libertad del mercado frente a los falseamientos. En consecuencia, la legislación de la competencia desleal opera como un control de lealtad del mercado, por lo que priman los intereses privados de los operadores económicos de ese mercado.

Esta relación entre legislaciones la delimitó –aunque de manera global– muy acertadamente *Garrigues*¹⁴: “el ordenamiento jurídico establece normas relativas a la competencia en un doble sentido. Por una parte, las normas sobre restricciones de la competencia que presuponen la falta de libre competencia y tratan de restaurarla, eliminando los obstáculos que la anulan o la perturban. Por otra parte, las normas sobre competencia ilícita, por el contrario, que la libre competencia existe, y tratan de encauzarla por el camino de la ética y el Derecho”.

En resumen, pese a que se complementen garantizando la competencia, cada una tiene su propio objeto de regulación y campo de aplicación específico. De manera genérica: las normas *antitrust* imponen la obligación de competir y las normas de competencia desleal obligan a que esos competidores lo hagan con actuaciones correctas.

De este modo, es relevante la separación entre ambas porque el hecho de enmarcar una conducta en el ámbito de una u otra tiene consecuencias más allá de una simple delimitación conceptual. Esto sucede porque el nivel de protección que recibe cada legislación difiere sensiblemente, desde los procedimientos aplicados hasta el enjuiciamiento.

Para empezar, la LDC ostenta una protección de Derecho Público en la que se establecen prohibiciones que conducen a la nulidad radical de los actos que vulneren el correcto funcionamiento del mercado nacional interviniendo. De esta manera, la Administración Pública interviene mediante organismos como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que se encargan de vigilar y controlar el mercado. De este modo, las actuaciones generales para reprimir las conductas son: expedientes sancionadores, instrucciones por órganos administrativos, imposición de multas, autorizaciones.. En cambio, la LCD es protegida por el Derecho Privado siendo los perjudicados por las conductas desleales quienes deban impedirlos o hacerlos cesar. Con lo cual, el Estado no interviene en el proceso, sino que, de manera concreta, los particulares tutelan su propio interés a través de acciones declarativas y de condena de hacer o no hacer, indemnización de daños y perjuicios...

Como vemos, la postura de los poderes públicos es muy diferente, siendo totalmente protagonista en la defensa de la competencia, y por contra, dejando la competencia desleal a la acción de los particulares al limitarse a establecer un marco legal privado. Esto sucede porque se considera que el interés público es el que debe protagonizar la aplicación del Derecho de la Competencia, en cambio el de la Competencia Desleal –pese al modelo social– lo protagoniza el interés privado.

A raíz de lo anterior, aunque –como ha quedado constatado– exista la voluntad de ver a la defensa de la competencia y a la competencia desleal como partes de un mismo cuerpo legislativo con una interrelación funcional, ha quedado claro que ese propósito ocasiona que la delimitación entre ambas regulaciones se difumine y que exista confusión entre ilícitos que irremediamente lleven a una inseguridad jurídica sobre qué procedimientos y sanciones deben aplicarse.

¹⁴ ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO. *Libre competencia y competencia desleal*. La Ley, 2001. (Pág. 66)

3. Regulación de la Competencia Desleal en España

3.1. Evolución de la legislación española e influencia europea

La competencia desleal en el marco jurídico español se había venido regulando de manera escasa, dispersa y fragmentada durante la vigencia de los modelos paleoliberal y profesional que se habían introducido en la legislación nacional –*ut supra*– través de la Ley de Propiedad Intelectual de 1902 y del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1970, respectivamente.

Por lo que en estos períodos se verifica la ausencia de un legislador español comprometido en construir una regulación conjunta debido a que la totalidad de la materia de competencia desleal se recogía en diferentes legislaciones como la Ley de Patentes, la Ley de Propiedad Industrial, la Ley de Marcas y la Ley General de Publicidad. Por consiguiente, se ocasionaba que la materia en esa época se caracterizara por su aislamiento y parcialidad.

No obstante, con la entrada en vigor de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal se colmaron las lagunas que existían en la disciplina formando un cuerpo unificado, lo que permitió aumentar la certidumbre y el amparo del sector que era una necesidad que lógicamente arrastraba la regulación española desde hacía años. Asimismo, la Ley de 1991 no solo unificó el sistema, sino que introdujo el nuevo modelo social en España –siguiendo las recomendaciones de *Menéndez*¹⁵– que vino a tutelar los derechos de los empresarios, de los consumidores y el interés público del Estado. Con lo cual, supuso un avance fundamental porque modernizaba, adaptaba y completaba –en consonancia con Europa y concretamente con Alemania– la regulación basándose explícitamente en los principios del modelo social tal y como relata en la Exposición de Motivos.

Sin embargo, no todo lo aportado por la LCD fue positivo debido generó controversias en la aplicación porque, entre otros motivos, cuando entró en vigor no derogó la Ley General de Publicidad de 1988 así como las confusiones que tuvieron –y sigue habiendo como se ha explicado– con la LDC.

Recientemente, la disciplina de la Competencia Desleal ha sido objeto de una relevante reforma con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre para incorporar al derecho español la normativa comunitaria de competencia desleal y publicidad que aglutinaba la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de la empresa en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la Directiva 2006/1004/CE sobre publicidad engañosa y comparativa.

De esta manera, la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de la empresa en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior se ha dirigido –como su nombre indica– a la represión de la competencia desleal realizada a través de prácticas comerciales por los empresarios que perjudicaran a los intereses económicos de los consumidores.

Por ello, las principales modificaciones de la reforma de 2009 han sido: la cláusula general, el régimen jurídico de los actos de engaño y las omisiones engañosas, la nueva categoría de las prácticas agresivas, la tipificación de la publicidad ilícita como acto de competencia desleal, la regulación de los códigos de conducta, y finalmente el régimen de acciones frente a la competencia desleal.

¹⁵ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO. *La competencia desleal*. Civitas Monografías, 1988. (págs. 26-29)

Con esto, esta regulación comunitaria –que ha ocasionado la reforma– es novedosa y determinante porque en materia de competencia desleal había sido –como la española– reducida, dispersa y fragmentada hasta la fecha. El motivo lo encontramos en que desde un inicio las diferentes regulaciones nacionales de la competencia desleal de los estados miembros hicieron temer al legislador europeo por la posible afectación a la libre circulación de mercancías y consecuentemente tuvo un gran interés en armonizarlo, pero en ese momento se puso de manifiesto la oposición de establecer una legislación general por parte de los estados, hecho que comportó que se desvaneciera y se renunciara durante mucho tiempo a la armonización de la materia.

Por consiguiente, en los últimos años, el interés del legislador europeo se ha centrado en la defensa de la competencia siguiendo íntegramente el planteamiento norteamericano, y ha mantenido su inmovilidad con la regulación de la competencia desleal dejándola a los reguladores nacionales. De este modo, se contrapone el hecho de que las normas de defensa de la competencia se hayan erigido como uno de los pilares de la consecución del mercado europeo único, mientras el derecho de la competencia desleal ha tenido una nula significación. Aunque, en realidad, la regulación interna de la competencia desleal de los Estados miembros ha sido influenciada en la medida que la normativa comunitaria *antitrust* se ha consolidado aplicando sus postulados, pero no directamente por una política legislativa comunitaria activa en materia desleal.

De todo lo anterior se desprende la relevancia de la Directiva 2005/29/CE que ha provocado un cambio legislativo de la competencia desleal en el ámbito comunitario tras años de pasividad. Por ese motivo, como afirma literalmente *Massaguer*¹⁶: “esta norma es la más extensa y general de cuantas se han elaborado en el ámbito comunitario y constituye un acto muy ambicioso en el proceso de armonización de la competencia desleal en la Unión Europea”.

No obstante, aunque se considere la más extensa, centrándonos en el ámbito de la Directiva debemos destacar que no armoniza el Derecho a la competencia desleal en su conjunto, es decir, no hay una regulación global de todos los aspectos, sino que se limita a armonizar las prácticas comerciales que afecten a los consumidores, y, de hecho, tampoco a todos los consumidores sino concretamente a los intereses económicos de éstos. Por consiguiente, no altera el régimen de competencia desleal entre los empresarios o profesionales ni tampoco aquellas prácticas con consumidores referente a bienes jurídicos que no sean intereses económicos de los consumidores. Pese a lo anterior, no se impide que sea considerada como un avance significativo porque rompe con el inmovilismo legislativo comunitario en materia de competencia desleal que venía habiendo.

En suma, podemos afirmar que el artículo 16 –que será objeto de estudio en el presente trabajo– no ha sido modificado por la reforma, pero considerábamos relevante realizar un breve relato de la situación que atraviesa la competencia desleal en el plano legislativo español para contextualizar el estudio.

3.2. LCD 1991: Finalidad, concepto, ámbito de aplicación y clasificación

¹⁶ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. Thomson Civitas. Estudios de Derecho Mercantil, 2006. (págs. 11-17)

La Ley 3/1991 tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado tal y como recoge el artículo 1. Por lo que se constata que esta normativa salvaguarda un conjunto de intereses propio del modelo social: el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el interés público en el mantenimiento de una competencia no falseada.

Por consiguiente, el acto de competencia desleal se define en el artículo 4 como aquel comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe, entendiendo el concepto jurídico indeterminado de la buena fe como un comportamiento de un empresario o profesional que es contrario a la diligencia profesional, es decir, el nivel de competencia y cuidados que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado. De este modo, se considera como una inadecuación a los principios del ordenamiento económico de libertad de competencia, tutela del consumidor y competencia por eficiencia, o lo que es lo mismo, como un abuso del derecho.

Para que se produzca un acto de competencia desleal –como comprende el artículo 2 LCD– tienen que darse dos condiciones objetivas: realizarse en el mercado y llevarse a cabo con fines concurrenciales. De este modo, se presumirá la deslealtad cuando el acto se revelará objetivamente idóneo. Por lo que para la existencia de una deslealtad basta que la actuación sea incorrecta y pueda perjudicar a cualquiera de los participantes, sin que sea necesaria la intencionalidad de quien actúa ni un efectivo daño, es suficiente con que objetivamente sea contraria a las diligencias profesionales que le son exigibles.

Desde el punto de vista subjetivo contemplado en artículo 3, la regulación se aplica a los empresarios, profesionales y a cualquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado. Con lo cual, se dirige a los operadores económicos atendiendo a un concepto más amplio que el de empresarios debido a que comprende todas aquellas personas que intervienen en el mercado como profesionales liberales, entes públicos, sindicatos... En esta línea, el artículo se esfuerza en dejar constancia que para la aplicación de la normativa no se requiere una relación de competencia entre sujetos tal y como se preveía en el antiguo modelo profesional.

Especialmente relevante es la cláusula general establecida en el artículo 4 que delimita los actos que pueden ser considerados desleales muy semejante a la de los ordenamientos europeos. Esta cláusula está formada por conceptos amplios y elásticos que dan cabida a distintas variedades de actos que pueden surgir en el tráfico económico. A continuación de ésta, la normativa desleal enuncia unos supuestos desleales concretos que están específicamente prohibidos, por lo que del artículo 5 al 31 LCD se recoge una lista con los actos de competencia desleal que se producen de manera más frecuente en la práctica jurídica. Esta tipificación tiene la voluntad de dotar de mayor certeza al régimen dada la indefinición que existe en la ley.

Con lo cual, para comprobar si estamos frente a un acto competencia desleal primero se examinarán los actos tipificados y de no enmarcarse en ninguno, se recurriría a la cláusula general. Por ello, esta cláusula general se adapta a la fenomenología cambiante del mercado y las conductas concurrenciales quedando recogidas las no previstas o las que no cumplen los presupuestos de las conductas típicas.

Respecto a los actos tipificados se recogen los siguientes: actos de confusión, engaño, denigración, comparación, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura

contractual, violación de normas, discriminación, explotación de la dependencia económica, venta con pérdida, prácticas agresivas y conductas publicitarias.

De esta manera, todos los actos anteriores se pueden dividir –aunque existan diversos criterios clasificatorios– en tres como establece *Menéndez*¹⁷: primero, los actos de deslealtad frente a los competidores que incluyen: la denigración, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos e inducción a la ruptura contractual, en segundo lugar, los actos de deslealtad frente a los consumidores que están formados por: la confusión, engaño, comparación, discriminación y prácticas a agresivas, y en tercer lugar, los actos de deslealtad frente al mercado que aglutinan: la violación de normas, explotación de la situación de dependencia económica y venta con pérdida.

En consonancia, se debe ratificar que los actos de competencia desleal incluidos desde el artículo 5 hasta 18 tienen la finalidad de tutelar el interés de los empresarios y en determinados casos el de los consumidores, mientras que los actos comprendidos desde el artículo 19 hasta 31 tienen como propósito único la tutela de los intereses de los consumidores.

Con todo lo anterior, podemos decir –como ya hemos anticipado– que el artículo que será objeto de análisis es el 16 de discriminación y explotación de dependencia económica y será analizado a continuación.

¹⁷ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO; ROJO FERNÁNDEZ, ANGÉL. *Lecciones de derecho mercantil*. Vol. 1. 14ª edición. Civitas Thomson Reuters (2016). Edición electrónica

III. ARTÍCULO 16: DISCRIMINACIÓN Y DEPENDENCIA ECONÓMICA

1. Contenido y sistematización del artículo

El artículo 16 LCD se integra en el Capítulo II –que comprende los actos de competencia desleal– con la rúbrica de “Discriminación y dependencia económica” y se estructura formalmente en tres párrafos que recogen lo siguiente:

- 1. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada.*
- 2. Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.*
- 3. Tendrá asimismo la consideración de desleal:*
 - a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.*
 - b) La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.*

De la literalidad del precepto se desprende que el primer párrafo se sitúa en el ámbito de la defensa del consumidor prohibiendo las discriminaciones en materia de precios y otras condiciones de venta, pero excluye los actos en los que tal diferenciación esté justificada.

Asimismo, el segundo punto, se refiere a las empresas sean clientes o proveedores que están en una situación de dependencia respecto a otras y que no tienen alternativas equivalentes para llevar a cabo su actividad. Añade, que se presume esta situación de dependencia económica cuando la empresa proveedora tenga que ofrecer ventajas adicionales a su cliente con habitualidad, que no concede a otros compradores parecidos.

En el tercer y último apartado, se incluyen dos supuestos diferentes, ambos relacionados con una situación de dependencia. El apartado a) se dirige a proteger a las empresas que sufren una ruptura de las relaciones comerciales establecidas, sea completa o parcial, sin que se haya mediado preaviso por escrito de al menos 6 meses, pero exceptúa los casos en que el motivo sea el incumplimiento grave de lo estipulado en el contrato o en caso de fuerza mayor. Y el apartado b) enmarca las situaciones en que se consigan, bajo amenaza de ruptura de las relaciones, precios, condiciones de pago, modalidades de venta y de más estipulaciones.

2. Origen y evolución del artículo

Con la Ley de Competencia Desleal de 1991 nacen las figuras de “tratamiento discriminatorio del consumidor” y “explotación de una situación de dependencia económica” recogidas en el artículo 16.

Así, a lo largo de la tramitación que acabaría con el artículo 16 ya se anticipaba que el precepto daría pie a una distendida actividad doctrinal tal y como consideró *Bercovitz*¹⁸.

De esta manera, en su redacción originaria, el artículo 16 bajo la rúbrica "Discriminación" comprendía: en el primer punto, el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta, y en el segundo, la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica que puedan encontrarse sus clientes o proveedores.

No obstante, parte de la doctrina¹⁹ determinó que el encuadre de los dos párrafos bajo un mismo título carecía de justificación sistemática y sustantiva debido a que cada uno definía un supuesto de hecho diferente, y en el fondo, la rúbrica "discriminación" solo se correspondía plenamente con el primer supuesto. Consecuentemente, la mayoría de los comentaristas de la ley compartían que no era apropiada su regulación conjunta, entre ellos, *Alonso Soto*²⁰ que criticó la sistemática considerando que la explotación de una situación de dependencia se trataba de un supuesto diferente a la discriminación debido a que dicha explotación no siempre se produce a través de aquélla, y también *Massague*²¹, manifestó la necesidad de ser analizadas por separado ya que corroboró que el objeto de tutela era diferente: "el primer supuesto aspiraba a tutelar los actos de discriminación contra los consumidores y el segundo a proteger los actos de deslealtad frente al mercado".

Para solventar las deficiencias en la legislación del precepto original, la disposición adicional tercera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre –que reformaba la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia– modificó la rúbrica del artículo a "Discriminación y dependencia económica", y la redacción, añadiendo una presunción en el punto dos así como dos conductas desleales –de influencia francesa– que conformaron el nuevo párrafo tercero: el apartado a) recogía la ruptura de la relación comercial sin la existencia de previo aviso escrito y con una antelación mínima de 6 meses, y el apartado b) contemplaba la obtención bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial.

Sin embargo, la regulación conjunta de los supuestos se ha mantenido y con ella el descontento por parte de un sector de la doctrina pues consideran que al dirigirse a sujetos pasivos distintos como son el consumidor y el empresario –siendo supuestos de hecho diferentes– se les aplica los criterios de deslealtad distintos, así carece de sentido una sistemática unitaria que solo trabaja para incrementar la confusión. De aquí que la inmovilidad del legislador en dividir los supuestos permite deducir que su visión sobre la regulación conjunta obedecía a que en ambos supuestos los sujetos pasivos eran víctimas de una conducta discriminatoria, independientemente que uno se dirigiera al consumidor y el otro a las empresas clientes o proveedoras como asegura *Zabaleta Díaz*²².

¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Thomson Reuters Aranzadi, 2011. (pág. 437)

¹⁹ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, 1991. (pág. 470)

²⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Thomson Reuters Aranzadi, 2011. (pág. 438)

²¹ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, 1991. (pág. 470)

²² ZABALETA DÍAZ, MARTA. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*. Marcial Pons, 2002. (pág. 12)

En suma, actualmente el artículo 16 LCD se divide de manera formal en 3 párrafos, siendo los dos primeros de la redacción original de la ley y el último el introducido en la disposición adicional tercera de la Ley 52/1999 de reforma de la LDC, sin que la última y relevante reforma de 2009 haya modificado ninguna parte de este artículo.

Estos preceptos han tenido una aplicación divergente, pues el primer apartado apenas ha sido objeto de aplicación, el segundo ha generado mucha controversia jurisprudencial en su aplicación, y el tercero su apartado a) se ha aplicado en varios casos, mientras que el b) apenas ha tenido lugar tal y como analiza *García Pérez*²³.

3. Finalidad del precepto

El artículo 16 LCD se puede dividir en dos finalidades que atienden, en efecto, a la peculiar sistematización de los supuestos que incluye.

La primera, es un objetivo global y conjunto de todo el artículo definido por *Darnacullea i Gardella*²⁴, que consiste en: "proteger a los sujetos que se encuentran en una posición de inferioridad en el mercado frente a los posibles abusos de quienes ostentan una posición dominante".

La segunda se bifurca en un objetivo específico de cada supuesto: por un lado, el tratamiento discriminatorio pretende tutelar en los intereses de los consumidores y los del mercado en general, y por otro lado contrariamente, la explotación de una situación de dependencia tiene el propósito de impedir los actos desleales únicamente frente al mercado.

Con todo lo anterior, nos centraremos en el apartado 2 e inevitablemente con el 3, para el estudio de la posible explotación de la situación de dependencia económica, y dejaremos de lado el tratamiento discriminatorio del consumidor recogido en el apartado 1 puesto que se centra exclusivamente en el consumidor.

²³ GARCÍA PEREZ, RAFEL. *Ley de Competencia Desleal*. Thomson Aranzadi. Jurisprudencia Comentada. (pág. 397)

²⁴ DARNACULLETA I GARDELLA, M. MERCÉ. *La Competencia Desleal*. Iustel, Brevarios jurídicos, 2007. (pág. 65)

IV. EXPLOTACIÓN DE UNA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA

1. Origen, influencia *antitrust* y controversias doctrinales

La incorporación de la figura de la explotación de una situación de dependencia como acto de competencia desleal fue una novedad de la Ley de Competencia Desleal de 1991.

Este precepto sin tradición en la legislación española era de clara inspiración *antitrust* y venía a incluir en la normativa desleal una conducta que ha generado enormes discrepancias en su interpretación porque gran parte de los autores²⁵ españoles ratificaron en sus comentarios que se trataba de un supuesto concreto del abuso de la posición dominante ya previsto y prohibido en el artículo 6 LDC por lo que no procedía incluirlo nuevamente en la LCD, y que, de no considerarse incluido como modalidad específica, se debería haber añadido a la LDC. Reforzando esta postura, los ordenamientos europeos han recogido este supuesto en su legislación de defensa de la competencia. Sorprende esta ubicación de la conducta –contrariando el derecho comparado europeo– en cuanto el legislador español en la elaboración de la LCD de 1991 se inspiró en el modelo alemán que precisamente recogía este supuesto en la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia.

Por lo que las primeras valoraciones doctrinales criticaron duramente la ubicación del supuesto de explotación de una situación de dependencia económica en la regulación de la competencia desleal, aunque realmente el Congreso en su tramitación precisó que no se trataba de empresas que dominan el mercado, sino que tienen una posición de supremacía respecto a un proveedor o cliente porque estas no tienen otras fuentes de aprovisionamiento, así, también *Massaguer*²⁶ rechazó que se tratara de un supuesto sustancialmente coincidente con el abuso de posición dominante, considerando erróneas las tesis de sus compañeros, pese a coincidir con ellos en la controversial sistematización.

Ciertamente, seis años atrás, la Memoria del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia de 1987 había previsto la incorporación la explotación abusiva de una situación de dependencia, pero finalmente se abandonó la idea y se dejó únicamente la prohibición del abuso de la posición dominante. No obstante, haciendo caso a las críticas de la doctrina sobre la ubicación de este supuesto en la LCD, con la Ley 52/1999 que reformaba la Defensa de la Competencia se incluyó el abuso de la situación de dependencia económica en el artículo 6.1.b) LDC –a la vez que se modificó el art. 16 LCD– definiéndola de manera idéntica que la LCD.

Pero, sorprendentemente la inclusión de la conducta de la situación de dependencia económica como modalidad de abuso de posición dominante en la Ley de Defensa de la Competencia también fue criticada por sectores doctrinales²⁷ que consideraban que era suficiente considerarla como conducta de competencia desleal. De esta manera, alegaban la innecesaridad e inconveniencia que suponía la doble tipificación de los supuestos y acogían favorablemente la supresión del apartado. Esto fue consecuencia de la tendencia a considerar que el abuso de la situación de dependencia se movía en el campo de las relaciones jurídico-privadas, ajenas al interés público e incluso valorando la doble regulación, ésta

²⁵ OTAMENDI, JUAN JOSÉ. *Competencia desleal. Análisis de la Ley 3/1991*. Aranzadi Editorial, 1991. (págs. 185-187)

²⁶ ZABALETA DÍAZ, MARTA. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*. Marcial Pons, 2002. (Pág. 28)

²⁷ UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, 2006. (págs. 339-341)

carecía de sentido por el hecho de que tal conducta ya podía ser perseguida con el artículo 7 de LDC – actual artículo 3 LDC– que habilitaba para prohibir y sancionar los comportamientos desleales, y en esta línea, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, en adelante) ya había enjuiciado por esa vía la deslealtad del abuso de situación de dependencia económica.

Aunque, por otro lado, otros autores entre los que destaca *Berenguer Fuster*²⁸, mantenían que esta conducta debía ser incluida exclusivamente en la LDC por considerar que las empresas con poder relativo también distorsionaban el funcionamiento competitivo del mercado y por ende el interés público. Todo ello, ha complicado aún más la perturbada delimitación entre LCD y LDC, hasta el punto que este supuesto fuese considerado como una norma puente entre leyes. Consecuentemente, el concepto de abuso de situación de dependencia ha estado tanto en la LCD como una conducta constitutiva de competencia desleal como en la LDC como un ilícito autónomo, tratándose de un ilícito de doble naturaleza. No obstante, como consideraban *Font Galán y Miranda Serrano*²⁹, la inserción de este ilícito en el artículo 6.1 b) LDC obligaba a clarificar algunas controversias planteadas como su ubicación, su estructura morfológica y su conciliación con el antiguo artículo 7.

Como no fue así, en consonancia con las críticas generalizadas, la nueva Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia suprimió la referencia de la explotación de dependencia económica dejando únicamente el abuso de posición dominante en el artículo 2 y el falseamiento de la competencia por actos desleales en el artículo 3. Por lo que efectivamente, con la eliminación del subtipo de dependencia económica del abuso de la posición dominante, se ha vuelto a la legislación originaria de la Ley de Defensa de la Competencia 1989 y esta modalidad, actualmente, solo se encuentra en la LCD. No obstante, esta conducta podrá ser defendida por la LDC por la vía del artículo 3 siempre que se produzca una afectación al interés público.

En resumen, con esta última modificación, determinados autores han coincidido en la acertada regulación inicial de la LCD de 1991 que recogió este supuesto sin precedentes en Europa, pero que precisamente su evolución comunitaria y las resoluciones del TDC en aplicación al falseamiento hacen deducir que ha sido una opción acertada.

2. Encuadramiento sistemático y finalidad

Como acto de competencia desleal *Massaguer*³⁰ y *Menéndez*³¹ encuadran la explotación de la situación de dependencia económica como un acto de deslealtad frente al mercado.

En la misma línea, *Darnacullea i Gardella*³² relata: “un acto de deslealtad frente al mercado incluye prácticas que enturbian el correcto funcionamiento del mercado, sin suponer ataques específicos a ninguno de los participantes en el mismo, en este sentido, la ley recoge tres supuestos de deslealtad

²⁸ MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO; PETITBÒ JUAN, AMADEO. *El abuso de la posición de dominio*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2006. (págs. 431-433)

²⁹ FONT GALÁN, JUAN IGNACIO; MIRANDA SERRANO, LUIS M^a. *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*. Marcial Pons, 2005. (págs. 131-132)

³⁰ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, 1991. (pág. 475)

³¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Thomson Reuters Aranzadi, 2011. (pág. 449)

³² DARNACULLETA I GARDELLA, M. MERCÉ. *La Competencia Desleal*. Iustel, Brevarios jurídicos, 2007. (págs. 64-65)

que se encuadran, dentro de la clasificación que venimos utilizando como casos típicos de deslealtad de mercado por ser atentatorias contra la función directiva y coordinadora de la competencia: violación de normas, las conductas discriminatorias y la venta a pérdida”.

Concretando en el tipo, como bien dice *Massaguer*³³ la explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal tiene lugar en la comprobación de que la vulneración de la estructura competitiva del mercado y la obstaculización de la concurrencia de los agentes económicos en el mercado que pueden provocar las empresas con posición de dominio con una conducta abusiva, también la pueden ocasionar otras empresas que, sin tener dicha posición, se hallan en una situación especialmente fuerte respecto de sus empresas clientes y/o proveedores. Por lo que, esta situación de dependencia se encuadra en aquellos agentes económicos, que, sin alcanzar la condición de tener una posición de dominio en el mercado, tienen una posición fuerte frente a sus clientes o proveedores se aprovechan de esta situación imponiéndoles condiciones, que en circunstancias competitivas no soportarían.

Por consiguiente, el propósito del acto en concreto es preservar la competencia económica de las restricciones estructurales y funcionales que puedan deparar la libertad con que ciertas empresas cuentan al conformar sus relaciones con otras empresas gracias a la asimetría de su respectivo poder de mercado, asegurando que la conducta de los primeros no difiera de la que deberían observar en una situación de equilibrio.

En resumen y de manera sintetizada, la finalidad de la norma es la preservación del orden concurrencial ante las conductas contrarias a la competencia por eficiencia que la asimetría del poder en el mercado posibilita a una determinada empresa frente a las empresas con las que se relaciona.

3. Destinatarios y relación relevante

El ámbito subjetivo está designado por el término “empresas” que recoge el artículo 16.2 LCD, de ahí que puedan existir dudas por el hecho de que esta especificidad no se encuentra en otros actos desleales recogidos en la ley.

Aun así, la expresión “empresas” debe verse como una particularidad del precepto, ya que en ningún caso tiene el propósito de restringir ni derogar el ámbito de subjetivo general comprendido en el artículo 3.1 LCD, pues de haber sido esa la voluntad se habría constatado en la misma ley. De esta manera, este artículo 3.1 comprende *–ut supra–* que será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, lo que significa que pese el artículo 16.2 utilice el concepto “empresas” se está refiriendo al ámbito subjetivo general de la ley.

Consecuentemente, los destinatarios del presente artículo analizado son las empresas, los profesionales liberales y la Administración Pública. Asimismo, se debe matizar –como se verá a continuación– que el tipo no se refiere a cualquier agente económico, sino a aquellos respecto de los que sus empresas clientes o proveedores se hallan en una situación de dependencia económica. Por lo que el sujeto activo será la empresa que ostenta una posición relativa en el mercado, mientras que el sujeto pasivo serán las empresas clientes o proveedores que se encuentran en una situación de dependencia.

³³ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, 1991. (pág. 475)

4. Dependencia económica

4.1. Concepto

Para que se produzca la conducta tipificada como acto de competencia desleal del artículo 16.2 LCD deben concurrir dos elementos: la situación de dependencia económica y la explotación abusiva de la misma. Estas dos acciones serán tratadas individualmente para facilitar la profundidad del análisis, pero no cabe olvidar que solo se materializará la norma cuando ambas confluyan.

De esta manera, empezando por la primera, la situación de dependencia económica es el presupuesto nuclear para que resulte el supuesto previsto en el 16.2 y 3 LCD.

Sin embargo, el legislador no ha establecido una definición concreta de la expresión "dependencia económica" aunque afortunadamente, del precepto se extraen unos presupuestos que permiten conceptualizar el término: la dependencia económica es la situación que se encuentran las empresas clientes y proveedores que no disponen de alternativa equivalente para el ejercicio de la actividad, o si se prefiere, una empresa que dispone del poder relativo del mercado cuando sus clientes o proveedores carecen de alternativas equivalentes para el desarrollo de su actividad. En consonancia, *Zabaleta Díaz*³⁴ define la situación de dependencia económica como la imposibilidad de prescindir de las relaciones comerciales que mantiene con la empresa fuerte sin que su capacidad competitiva se vea seriamente afectada.

En este sentido, los conceptos de situación de dependencia económica y posición relativa de dominio hacen referencia a la relación entre una empresa y sus clientes o proveedores siendo dos caras de la misma moneda: el lado activo de la relación concierne a quién ocupa una posición relativa de dominio, solo pudiendo ser una empresa –denominada empresa fuerte por la doctrina– respecto a otras. En cambio, el lado pasivo de la relación lo ocupa una o varias empresas que se encuentran en una situación de dependencia respecto de la que ocupa una posición de dominio relativo. Lógicamente, esta situación pasiva de dependencia económica puede afectar a un conjunto de empresas, a todas las que operan en un mercado e incluso a las que todavía no ha establecido relaciones con la empresa que tiene el poder relativo de mercado.

Estas situaciones de dependencia que incluye el precepto se caracterizan por ser exclusivamente a nivel vertical de tal forma que los actos desleales solo se originan entre empresas que se posicionan en eslabones diferentes de la cadena de fabricación o distribución –enmarcando la relación Mercadona-proveedores que se analizará en adelante– von lo cual, no se refiere a los casos de dependencia horizontal propio de las empresas respecto a sus competidores.

En esta línea, es relevante la delimitación entre la situación de dependencia económica –o posición de dominio relativa, indistintamente– y la posición de dominio, propia del Derecho de Defensa de la Competencia porque ambos son conceptos estrechamente relacionados –como se ha constatado– aunque diferentes. Con esto, el TDC, la jurisprudencia y la doctrina han ratificado que la situación de

³⁴ ZABALETA DÍAZ, MARTA. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*. Marcial Pons, 2002. (págs. 230-231)

dependencia económica se diferencia de la posición de dominio por el carácter relativo del poder de mercado en el primer caso frente al carácter absoluto que existe en el segundo.

Ello consiste en que el poder relativo se limita a la relación específica de dominio que tiene la empresa frente a alguno o algunos de sus clientes o proveedores. Contrariamente, la posición de dominio expresa la situación que ocupa una particular empresa respecto de todas las empresas clientes o proveedores efectivas y potenciales, pero también respecto de sus o competidores y de los consumidores en general. De este modo, esta situación de dominación de la empresa le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en cuestión, proporcionándole la posibilidad de realizar comportamientos independientes, de manera relativamente considerable, en relación con sus competidores, clientes y consumidores.

En consonancia se manifiesta en SAP 11/2006, Barcelona 13 de marzo de 2006 (en ese mismo sentido también: SAP 392/2005 Barcelona 15 diciembre 2005; SAP de Pontevedra 26/2006 de 23 de enero matiza; SAP Barcelona 1 de diciembre de 2004): "la situación de poder en el mercado es relativa y no absoluta como podría ser una situación de posición dominante caracterizada por esta por ser absoluta y abarcar a una generalidad".

Consecuentemente, como recoge *Zabaleta Díaz*³⁵: "el poder relativo de una empresa no deriva ni de la dominación del mercado ni de la restricción de la competencia, sino de la relación especial que une a esa empresa con poder relativo con la dependiente".

Aún la distinción entre ambas figuras, no existe contraposición, sino complementariedad pues como se ha ratificado con la Resolución del TDC [Expte. 259/97] de 27 abril 1998: "respecto de una empresa con una posición dominante en el mercado sus clientes y proveedores están en situación de dependencia económica, pero la empresa cuyos clientes y proveedores están en situación de dependencia económica respecto de ella puede no ocupar una posición de dominio". También, como recoge la misma SAP Barcelona 1 de diciembre de 2004 (en ese mismo sentido, también: SAP 11/2006 Barcelona 13 de marzo 2016): "pueden solaparse ambas situaciones y en lo que el precepto importa debe prestarse atención a la constatación de la situación de dependencia económica".

4.2. *Identificación de la situación de dependencia económica*

Con todo esto, llegamos a una de las partes troncales del presente estudio como es la apreciación de la situación de dependencia económica de una empresa. De este modo, para identificar una situación de dependencia económica es necesario definir el mercado relevante y examinar la existencia de alternativas equivalentes.

Por consiguiente, el primer requisito es indagar sobre la identidad concreta del mercado y para hacerlo se deberán examinar tres ámbitos que son el mercado objetivo, el geográfico y el temporal. Así lo concreta SAP 269/2007 Barcelona 14 de mayo de 2007 (en este sentido, también: SAP 256/2006 Castellón de la Plana 1 de junio de 2006; SAP 269/2007 Barcelona de 14 de mayo de 2007; Sentencia Juzgado de lo Mercantil 25/2015, Madrid 2 de febrero 2015; Resolución TDC [Expte. A 16/91] de 3 de

³⁵ "ZABALETA DÍAZ, MARTA. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*. Marcial Pons, 2002. (págs.228-229)

febrero 1992): "para determinar la situación de dependencia económica es necesario en primer lugar identificar el mercado relevante".

Cabe matizar que la determinación del mercado relevante es la misma que en el abuso de la posición dominante de la LDC, pues la explotación de la dependencia económica nace muy estrechamente vinculada –como se ha explicado– y de ahí que se utilicen y se hayan utilizado a lo largo del análisis de este supuesto, referencias de las resoluciones del TDC. Aunque el procedimiento de identificación sea el mismo, cabe apreciar que se centra en un sujeto diferente: la delimitación se hace respecto a la empresa presuntamente dependiente, y no respecto a la empresa con poder de mercado, como ocurre en la posición de dominio.

De esta manera, el primer requisito es la fijación del mercado desde el punto de vista objetivo que son la clase de productos o servicios que se aprovisionan o suministran, es decir, los productos o servicios que son objeto de tráfico entre la empresa dependiente y la empresa con poder relativo. El segundo requisito es el mercado desde el punto de vista geográfico que es el territorio o la localización geográfica en que actúan clientes y proveedores. Y finalmente, el tercer requisito es el mercado temporal –como insiste *Massaguer*³⁶– que es el momento en que se valoran los hechos enjuiciados prescindiendo de la futura evolución de la posición relativa de las partes implicadas. En consonancia con lo anterior, siguiendo esta clasificación teórica, SAP 256/2006 Castellón de la Plana de 1 de junio 2006 recoge: "Se deberán considerar, por tanto, la clase de producto o como ocurre en nuestro caso, de servicios cuyo suministro se trata, en el territorio y en el momento en que actúan clientes y proveedores y de modo especialmente acusado, en el momento en que se valoran los hechos enjuiciados prescindiendo de la futura evolución de las partes implicadas".

Pero entrando en la práctica, nos centraremos en algunos casos de la jurisprudencia para establecer de manera pragmática su determinación: en SAP 269/2007 Barcelona de 14 de mayo de 2007 se considera el mercado: "el de distribución de publicaciones periódicas que acompañan un objeto relacionado con ellas, para su venta en quioscos o puntos de venta de prensa diaria dentro del área metropolitana de Barcelona". Y también de manera más minimalista –determina solo el mercado objetivo– la Sentencia Juzgado de lo Mercantil 25/2015, Madrid 2 de febrero 2015: "la gestión colectiva de los derechos de remuneración".

En cambio, SAP 313/2011 Madrid 28 de octubre 2011 hace una delimitación completa del mercado: "la afirmación de una situación de dependencia económica solo puede hacerse previa definición del mercado relevante y a falta de mayor precisión debemos considerar como tal el de la venta o suministro de aceite de oliva embotellado a las empresas de distribución minorista en Canarias al tiempo que se refieren los hechos enjuiciados, finales de 2007 y principios de 2008". Vemos que existe una nítida fijación del mercado objetivo, geográfico y temporal, cosa que no hemos encontrado con abundancia en la jurisprudencia.

Asimismo, SAP 256/2006 Castellón de la Plana de 1 de junio 2006 considera como mercado relevante de una empresa, la empresa de la que depende: "el mercado relevante de la empresa Puntocid, continuadora de la actividad de suministro de servicios eléctricos llevada a cabo por J.Morales está claro

³⁶ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, 1991. (págs. 477-479)

que, en el momento que se enjuician los hechos era Ferro Spain". Con lo cual, el mercado relevante puede ser en algún caso la propia empresa de la que se depende.

Dejando de lado la casuística, para la concreción de este mercado relevante es también necesario determinar la posición que ocupan los clientes y proveedores, por lo que efectivamente el mercado relevante se debe perfilar en términos subjetivos y no objetivos. Todo esto queda resumido en SAP 256/2006 Castellón de la Plana 1 de junio de 2006: "Pero además se ha de considerar la posición que ocupan clientes y proveedores: para determinar la presencia de una situación de dependencia económica, el mercado relevante se perfila esencialmente en términos subjetivos y no objetivos, esto es, a la medida de la empresa respecto de la que se trata de averiguar si se halla o no en aquella situación respecto a otra. Ello obliga a considerar las particularidades de la estructura o estrategia de la empresa que eventualmente se encuentra en situación de dependencia, y, por lo tanto, a prescindir de la posibilidad de que cambie de mercado que desinvierta y reasigne los recursos en un sector diverso o que cambie de posición en el mercado: que restructure el establecimiento propio". En consecuencia, es necesario una valoración individual e intrínseca de la empresa de sus especificidades comerciales y estratégicas para determinar la situación de dependencia económica, excluyendo la posibilidad de focalizar en otro objeto de actividad económica.

Siguiendo el proceso de apreciación de la situación de dependencia económica, una vez establecido el mercado relevante, procede en segundo lugar, determinar si existen o no alternativas equivalentes para los clientes o proveedores. Así lo ha constado, SAP 269/2007 Barcelona 14 de mayo de 2007 (en este sentido, también: SAP 256/2006 Castellón de la Plana 1 de junio de 2006; SAP 269/2007 Barcelona de 15 de mayo de 2007; Resolución del TDC [expediente r 73/1994] de 22 marzo 1994): "para determinar la situación de dependencia económica es necesario en primer lugar identificar el mercado relevante (...) para a continuación analizar si en este mercado existen o no alternativas equivalentes". Lo que lógicamente lleva a afirmar que la situación de dependencia está supeditada a la ausencia de alternativas equivalentes. En este sentido SAP 11/2006 Barcelona 13 de marzo 2016: "el precepto presupone una situación que se caracteriza por la ausencia de alternativa equivalente en la que se encuentran los operadores económicos implicados en la misma".

De esta manera, en la *praxis* judicial se ha considerado que no existen alternativas si los clientes o proveedores carecen de la posibilidad de establecer relaciones contractuales con otras empresas con el fin de adquirir o colocar el tipo de productos o servicios, en el marco geográfico y en el tiempo considerado. Lo anterior se materializó en SAP 269/2007 Barcelona de 14 de mayo de 2007 donde se aceptaba la dependencia económica por la inexistencia de alternativas al recoger: "no tienen alternativa para vender aquellos mismos productos editoriales compuestos distribuidos por Distribarna, pues esta última tiene la exclusiva en aquel territorio".

En cambio, sí que existen alternativas si los clientes disponen de la posibilidad de obtener productos o servicios por otras fuentes distintas de la empresa, o si los proveedores tienen la posibilidad de colocar sus productos o servicios a otras empresas. Estas alternativas de negocio ya sea para adquirir o suministrar deben ser reales y efectivas, no potenciales, en el lugar y el momento considerados, como se ha manifestado en SAP 256/2006 Castellón de la Plana de 1 de junio 2006.

Todas estas alternativas deben limitarse al mercado donde tienen establecidas las relaciones comerciales como recogió STS 75/2012 de 29 de febrero 2012 que hace referencia al caso Cunext.

De la misma manera, la Sentencia Juzgado de lo Mercantil 25/2015, Madrid 2 de febrero 2015 niega la dependencia por existir alternativas pues considera que: "nada impide concertar acuerdos o llevar a cabo negociaciones con otras asociaciones del ámbito de hostelería, tales como asociaciones de ámbito territorial diverso, como comunidad autónoma o por provincial (...) Por lo tanto vemos como AISGE cuenta con alternativas equivalentes a fin de ejercer su gestión".

Seguidamente, en el caso de existir proveedores de productos semejantes a los suministrados, la carga de la prueba recae sobre la empresa que se encuentra en situación de dependencia para determinar que efectivamente no son una alternativa equivalente como se recoge en SAP Barcelona 5 de diciembre de 2002: "la existencia de otras empresas que suministran productos semejantes o análogos a los que fabrica Cofinox a los que la actora podría haberse dirigido para atender los pedidos que tenía en perspectiva con Francke, Mediclinics o Cedicer, sin que haya acreditado por la actora que dichos proveedores no constituyen una alternativa equivalente en los términos previstos del artículo 16.2 LCD". También, en un sentido parecido, SAP 240/2016 Pontevedra 5 de mayo 2016 referente a un caso de los supermercados Mercamás contra los distribuidores: "no ha de resultar difícil a la demandante la adquisición en el mercado del mismo producto, cerveza, de otros proveedores competidores de la productora codemandada. No puede pretenderse a ello el empeño de la actora en pretender única, sin alternativa en el mercado la cerveza elaborada por Hijos de Rivera S.A.U, especialmente la que se envasa en botellín de 33 cl." En definitiva, la empresa de supermercados tiene muchas posibilidades en el mercado para conseguir otro proveedor del mismo producto, y con lo cual, obviamente sí tiene alternativas.

Pero esta alternativa considerada anteriormente, no solo ha de existir, sino que ha de ser equivalente. Por lo que como bien explica *Zabaleta Ruiz*: "de la interpretación ese término depende en muy buena medida la eficacia de este precepto". Así el legislador alemán matizó en el mismo supuesto que la alternativa debía ser suficiente y viable.

Y en esta línea, la doctrina española protagonizada por *Massaguer*³⁷ ha incluido dos facetas en el concepto de alternativa equivalente, una de orden objetivo: la alternativa ha de ser suficiente, y otra de orden subjetivo: la alternativa ha de ser, además, razonable, siendo sinónimo del término viable amparado en la normativa alemana. En este sentido, también SAP 313/2001 Madrid de 28 de octubre de 2011 ha recogido que deben ser suficientes y razonables.

Con lo anterior, primero, la alternativa se considera suficiente si atendiendo al número y a los vínculos jurídicos, que, según el caso, organizan las relaciones de suministro o distribución, los clientes y proveedores pueden reemplazar en efecto los suministros y los pedidos de la empresa cuyo poder de mercado se examina. Y, en segundo lugar, es razonable si su utilización no reporta a la empresa cliente o proveedor unos costes o en particular, una desventaja competitiva que no pueda asumir. Con ello, es irrelevante que la empresa cliente o proveedor haya contribuido con sus decisiones estratégicas a que el recurso de las alternativas existentes no sea razonable ya sea porque la vinculación con la empresa se haya hecho a través de contrato de distribución exclusiva de duración indefinida, esté en un sector que únicamente se realiza a través de distribución exclusiva...

³⁷ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, 1991. (págs. 477-478)

No obstante, en diversas sentencias ha quedado constatado –no razonado de manera literal sino implícitamente– que se rechazaba la dependencia económica aun no existiendo realmente opciones para la empresa que fueran estrictamente equivalentes. Con lo cual, atendiendo a la empresa y a sus características, en puridad dichas alternativas no eran viables ni razonables, pero lejos de ello, no se entraba ni a considerar si eran asumibles o no.

De ahí que no haya muchas sentencias en las que se haya aceptado la dependencia económica, pues era más fácil negarla. Aunque lógicamente consideramos que si hubiese atendido estrictamente a una alternativa priorizando el término “equivalente” se hubieran afirmado muchas más.

Con todo esto, finalizaría el proceso de identificación de la situación de dependencia económica. No obstante, en el mismo párrafo segundo se establece una presunción *iuris tantum* que facilita la acreditación de tal situación: “esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas que no se les conceden a compradores similares”. Por lo tanto, se establece una presunción con el objetivo de facilitar la prueba de la situación del proveedor respecto al distribuidor que busca imponer la aceptación de descuentos y exigencias comerciales, que no tengan contrapartida real. La aplicación de esta presunción exige que las ventajas adicionales se concedan de forma regular y que no se beneficien de compradores.

Por otro lado, respecto al apartado 3 del artículo 16 que incluye los dos supuestos explicados, es necesario confirmar la necesidad de que exista una situación de dependencia económica.

Aunque hubo dudas en su incorporación y mucha jurisprudencia inicialmente negó el requisito de dependencia como SAP Alicante, 8 de febrero de 2005, actualmente es jurisprudencia mayoritaria la que afirma la necesidad de dependencia económica para que concurran alguna de las conductas del punto 3, como establece SAP Barcelona de 18 de junio 2008: “para que concurra la conducta tipificada en el artículo 16 LCD, tanto la prevista en el apartado 2 como la tipificada en el apartado 3, introducida esta última por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre que reforma la LCD, es menester que pueda acreditarse la existencia de una situación de dependencia (en este mismo sentido, también: SAP 313/2011 Madrid, 28 de octubre de 2011; SAP Alicante 30 de noviembre 2005; SAP 240/2016 Pontevedra 5 de mayo 2016; SAP 354/2014 Madrid de 12 de diciembre de 2014).

Finalizando ya con el proceso de determinación de la situación de dependencia, consideramos necesario hacer referencia a la sorprendente existencia de casos en los que la defensa de la empresa en hipotética situación de dependencia no justificó o, de hecho, ni puso de manifiesto esta misma situación de dependencia económica en su argumentación jurídica. Así se advierte en SAP 354/2014 Madrid 12 de diciembre 2014: “ni siquiera se afirma que la parte actora se encuentre en situación de dependencia económica respecto a la mercantil demanda”. Y también, en SAP 240/2016 Pontevedra 5 de mayo 2016: “ni en el relato de hecho de la demanda ni, por lo tanto, en la prueba practicada, se ha hecho referencia ni se ha evidenciado en modo alguno a la situación de dependencia económica” (en ese mismo sentido: SAP 105/2012 Barcelona 113 de marzo de 2012).

De lo que podemos concluir que en algunos casos puede existir sobre el precepto una falta de conocimiento o como mínimo una confusión en los elementos que valorar para el éxito de la pretensión.

4.3. Criterios para determinar la situación de dependencia económica

Con todo lo anterior, hemos sistematizado criterios exactos que consideramos que se tienen en cuenta para apreciar una situación de dependencia económica. Por lo que de manera más concreta y sin términos inexactos o confusos, abandonando un marco abstracto, hemos focalizado en la práctica judicial determinados indicios relevantes de la situación de dependencia.

Estos indicadores son generalmente jurisprudenciales y han sido extraídos de sentencias caso por caso y clasificados en grupos –por un servidor– a título de lograr las delimitaciones más nítidas posibles. Asimismo, la doctrina *Zabaleta Díaz*³⁸ ya había efectuado una especificación de los criterios que contribuyen a la determinación de la situación de dependencia por lo que efectivamente se ha seguido un mismo patrón añadiendo casos y más supuestos en la clasificación. Por lo que se advierte que, si bien consideramos como una referencia la autora, las sentencias y la sistematización no seguirá un criterio idéntico.

Cabe matizar, que las pautas siguientes sobretodo se encaminan en el marco de una relación entre el distribuidor y el proveedor que es el objeto de trabajo que requiere la atención. Aunque ciertamente, la casuística es variada y no solo atendemos a los casos de posible dependencia económica del proveedor al distribuidor, sino también a la inversa, porque ello nos ayuda a determinar las variables generales de determinación de dicha situación y también porque de centrarnos en esta concreta relación, la escasa aplicación jurisprudencial comportaría que los argumentos para respaldar los indicios siguientes fueran mínimos.

En primer lugar, el criterio más relevante es el volumen de negocios procedente del distribuidor, es decir, la facturación.

Para determinar la magnitud concreta nos escudaremos primero la jurisprudencia, pero advirtiendo de que hay disparidad: primero, SAP 462/2011 Vizcaya, de 23 de junio de 2011 recoge una disputa entre Eroski y Llagostí Iberica S.A. en la que se confirma la dependencia económica con una facturación del 70 % del distribuidor al proveedor. Por otro lado, se niega que exista una situación de dependencia cuando las ventas del proveedor al distribuidor no alcanzan el 2 % y se cuenta con más clientes de relevancia como se recoge la resolución TDC (Expte. R 612/04, Agerull) de 20 de septiembre de 2004. Pero incluso, SAP 105/2012 Barcelona 113 de marzo de 2012 recoge como insuficiente que el 40 % aproximadamente de las ventas provengan de la empresa proveedora para determinar la situación de dependencia económica, porque no lo considera un requisito absoluto.

Como constatamos no hay criterios uniformes referentes al valor de la facturación en la jurisprudencia por lo que acudiremos a otros preceptos para mejorar su delimitación: La primera, es la reciente Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria³⁹ que en su artículo 2 –referente al ámbito de aplicación– especifica la situación de dependencia económica cuando la facturación del producto de la empresa sea al menos de un 30 %. Sin embargo, el informe de la CNC⁴⁰ sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores considera que la dependencia relativa de los proveedores

³⁸ ZABALETA DÍAZ, MARTA. *La dependencia económica del proveedor de la gran distribución en Derecho de la competencia y gran distribución*. Aranzadi, 2016 (págs. 66-68)

³⁹ Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria

⁴⁰ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*, 2010.

se sitúa a partir del 10 % de sus ventas, y de la misma manera, en Alemania también exigen al menos un 10 % de la facturación.

Por ese motivo, estableceríamos un criterio mínimo a partir del 10 %, siendo mucho más probable el 30 % y cuasi definitivo el 70 % como establece la jurisprudencia. Todo ello dependerá del a concurrencia de más indicios de la situación económica.

Un segundo indicador, es el resultado económico de la empresa dependiente, que lógicamente va muy ligado al anterior.

Así se deduce de la Sentencia de los Juzgados de lo Mercantil, Barcelona 24 de febrero 2010 que recogen: "las cuentas anuales de Sedifa y Grufarma del ejercicio 2007, muy posteriores a la decisión de Pzifer de poner término a la relación contractual, reflejan una evolución muy positiva de la cifra de negocio a pesar de que aquella entidad ostenta una cuota de mercado superior al de las demandadas (el 8,1%)". Y también SAP 313/2011 Madrid 28 de octubre de 2011 contempla: "el importe neto de la cifra de negocios de la entidad actora en el año 2006 se elevó a 25.460.940,52 euros, superior incluso a la alcanzada en el ejercicio 2007, año en el que se firmó el contrato con la demanda que fue de 19.583.517,52 euros, lo que revela claramente la inexistencia de situación de dependencia".

Con lo cual, aunque no existe un valor concreto, no tiene sentido afirmar la dependencia económica si los resultados no mejoran cuando existe la contratación o no empeoran una vez hayan cesado.

El tercer indicador, es la dimensión del proveedor, por lo que si se trata de un proveedor de gran tamaño será más difícil que se produzca una situación de dependencia, en cambio sí es pequeño, la inversa.

En consonancia, SAP 16/2014 Ourense, de 4 de febrero de 2014, contempla que la situación de dependencia económica hace referencia a las relaciones comerciales entre pequeñas y grandes empresas, y concreta en el caso específica: "más aun teniendo en cuenta el capital social y pequeña envergadura de la empresa demandante" aludiendo a la empresa dependiente.

Aunque, no se han encontrado más referencias concretas al tamaño de la empresa en la jurisprudencia analizada sí que existen en otros textos como la Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria prevé en su ámbito de aplicación que uno de los operadores tenga la condición de PYME y el otro no. También en el derecho comparado, pues en Alemania solo se contempla esta situación cuando la empresa es pequeña o mediana. Así como en el informe de la CNC en un plano nacional y el Libro Verde⁴¹ en un plano comunitario se refieren a las PYME como vulnerables en las situaciones de que se producen asimetrías de poder.

El cuarto indicador es el poder del distribuidor de los productos en el mercado. De este modo: a mejor posicionamiento mayor riesgo de dependencia del proveedor.

Así, en este sentido, para clarificar el valor de relevancia se establecerán las cuotas de mercado que se han considerado en las sentencias. Primero, la Sentencia de los Juzgados de lo Mercantil, Barcelona 24

⁴¹ COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa*. Bruselas, 2013.

de febrero 2010, referente al caso de dos centros de distribución de medicamentos, Sedifa y Grufarma a quien se les niega la situación de dependencia cuando 5 de los laboratorios con los que tenían relaciones comerciales, la cesan. Pero en la delimitación, se rechaza que puedan sumarse el total de cuotas de mercado: "No es posible, como parece deducirse de la demanda, analizar la situación de dependencia económica sumando las cuotas de los cinco laboratorios demandando en el mercado nacional (...) las demandadas acumulan el 22,8 % de cuota de mercado, que se distribuye de la manera siguiente: Novartis, el 6,1 %, Sanofi Aventis, el 6 %, Astrazeneca, el 4,1%, Bohreinger Ingelheim, el 3,3% y Jansen Cilag, el 3,3%. El porcentaje de ventas de cada una de las demandas, valorada de forma individualizada no es relevante y no determina la situación de dependencia económica". Con lo cual no se consideran de manera aislada los porcentajes siendo el 6,1 % el mayor. De ahí, lógicamente que tampoco se acepte en SAP 454/2001 Asturias 9 de octubre 2001 la dependencia económica de la empresa respecto al laboratorio que tiene una cuota de mercado del 6 %.

Seguidamente, en SAP 313/2011 Madrid 28 de octubre de 2011 se niega la dependencia económica de una proveedora respecto a la distribuidora minorista que tenía un 23,8 % de la cuota de mercado porque considera que tenía alternativas equivalentes en su concreto relato: "aunque la apelada es una cadena de distribución minorista que contaba en Canarias, a 31 de diciembre de 2007, con 191 establecimientos y 133.135 m² de superficie de un total de 801 y 470.137 m², lo que supone un 23,8 % del total de establecimientos y el 28,3% de la superficie dedicada a productos de gran consumo – computando exclusivamente los 10 primeros grupos de empresas minoristas en Canarias, por lo que los porcentajes sobre el número total de establecimientos y superficie, necesariamente tiene que ser inferior–, no cabe apreciar la situación de dependencia económica al disponer la demandante de otras fuentes de pedidos alternativas equivalentes para el desarrollo de la actividad." Además, añade que solo las dos siguientes cadenas distribuidoras en la zona ya disponen más establecimientos y superficie que la demandada.

Reforzando la posición del distribuidor, SAP 15/2014 Ourense 4 de febrero de 2014 recoge: "sería muy difícil conseguir una relación igual teniendo en cuenta de que la demandada tiene un 6 % de la producción a nivel nacional, y concretamente domina la zona geográfica." Con lo cual, el término relevante no es tanto, la cuota de mercado nacional del 6 % –que hemos visto anteriormente que no suele influir en determinar por ser demasiado baja, sino la dominación de la zona geográfica.

No obstante, existen casos en que no se precisa de forma concreta la cuota de la empresa en el mercado, pero se advierte que tiene una posición relevante que le hace ostentar un gran poder. Así STS 75/2012 29 de febrero 2012 que confirma la sentencia de apelación no se determina un valor, pero se considera la empresa Cunext Copper Industries estaba en una posición de dominio en el territorio geográfico y que los transportistas carecían de alternativas. También en ese sentido STS 782/2003, de 27 de julio 2003 recoge: "la demandada es una importante empresa dedicada a la distribución de publicaciones y revistas en Vizcaya y un número considerable de las mismas las distribuye en exclusiva, lo que lleva a la conclusión lógica y consecuente de que los vendedores integrados en la Asociación recurrente han de acudir forzosamente a dicha distribuidora para aprovisionarse y poder ofrecer a los usuarios las publicaciones acaparadas en exclusividad y esto les coloca en una posición indiscutiblemente dominante".

Con todo, vemos que atendiendo a la cuota de mercado esta deberá ser en todo caso superior al 6 % e incluso parece que del 23,8 %, aunque esta última no la consideramos del todo porque la sentencia

razona sobre la posibilidad de alternativas. Además, lógicamente dependerá del caso y de los factores, pero como hemos visto puede apreciarse la situación de dependencia simplemente por la posición que ostenta el distribuidor sin hacer mención a la cuota específica.

El quinto criterio son las inversiones específicas realizadas por el proveedor. Estas inversiones pueden referirse a maquinaria o a personal.

En consonancia, en SAP 313/2011 Madrid 28 de octubre de 2011 se niega la situación de dependencia económica porque: "no se ha acreditado que la demandante hubiera realizado inversiones específicas para atender los pedidos de la demanda".

Desde la otra óptica, en SAP 256/2006 Castellón de la Plana de 1 de junio 2006 se determina la situación de dependencia incluyendo como uno de los motivos: "ha quedado probado que la inversión en personal, herramientas, formación del personal, taller exterior a Ferro se hizo para dar el servicio que esa empresa necesitaba". En este caso, Puntocid que era la empresa dependiente había efectuado inversiones en diferentes ámbitos con el objetivo de abastecer a la empresa concreta.

Asimismo, SAP 462/2011 Vizcaya de 23 de junio 2011 declara la ausencia de alternativas y afirma la situación de dependencia cuando Llagostí –proveedor de Eroski– tiene que adquirir una nueva máquina etiquetadora y termoselladora relacionada directamente con la actividad de su distribuidor y que no podrá recuperar.

Finalmente, también SAP 15/2014 Ourense 4 de febrero de 2014 recoge que la máquina necesaria para el proceso había sido pagada por la empresa en situación de dependencia e instalada en los locales de la empresa de poder relativo porque requería para su funcionamiento una integración de la línea de producto. Por lo cual, matiza afirmando la dependencia económica por falta de alternativas: "la notoria dificultad de recuperar la máquina en condiciones de ser utilizada en otra empresa".

En suma, la existencia de inversiones ya sea en incrementos de la capacidad física como en personal que se dedican específicamente a la actividad requerida por la distribuidora son elementos relevantes para valorar la dependencia.

El sexto indicador es la duración de la relación comercial entre las partes. Mientras más tiempo haya transcurrido en una relación comercial, existirá mayor riesgo de dependencia.

De conformidad con este criterio en SAP 313/2011 Madrid 28 de octubre de 2011 rechazan la situación de dependencia además de otros motivos: "siendo, por lo demás, de escasa duración la relación habida entre las partes que tal y como se indica en la demanda, se inicia en marzo de 2007 y finaliza en mayo de 2008". Y muy semejante, pero a la inversa, se acepta la situación de dependencia en SAP 256/2006 Castellón de la Plana de 1 de junio 2006 que también valora la duración de la relación comercial larga pues en este caso había un contrato de servicios desde 1987.

El séptimo indicador es la dedicación del proveedor hacia el distribuidor. En este caso, se hace referencia generalmente a los contratos que obligan a centrar todos los esfuerzos en el distribuidor como suelen ser los contratos de distribución exclusiva.

Puede existir confusión en algún supuesto entre la relación entre el distribuidor y proveedor que tienen un contrato en exclusiva, y la propia posición de dominio en el mercado que haga que solo puede contratar en él por su exclusividad de sus productos o servicios y el lugar, pero cabe diferenciarlo pues este segundo lo hemos clasificado como en el indicador de poder del distribuidor.

Literalmente idéntico es SAP 105/2012 Barcelona 113 de marzo de 2012 que niega la dependencia de una comercializadora de ropa respecto a su suministradora entre otros motivos porque considera "no trabaja en exclusiva para ella". También desde una perspectiva prácticamente idéntica se afirma: "debe tenerse en cuenta que el contrato de suministro no tenía carácter de exclusiva por lo que la actora podía suministrar a cuantas empresas del sector considerara oportunas" en SAP 313/2011 Madrid 28 de octubre de 2011 que obviamente también rechaza la dependencia.

En la misma línea, SAP 462/2011 Vizcaya de 23 de junio 2011 considera que pese no existir formalmente un contrato en exclusiva: "la principal característica del régimen de exclusiva es la restricción a la libertad de contratación, y la libertad de contratación de Llagosti se vio sometida a importantes restricciones en aras al mantenimiento del contrato de suministro de duración indefinida vigente con Eroski –restricción afectaba a un cliente importante, pues Alcampo es una cadena de supermercados con implantación nacional". Por lo tanto, entre otros motivos, se apreció la situación de dependencia por obligar al proveedor –según los hechos probados– a rescindir su relación con otro distribuidor y centrarse exclusivamente en él.

Muy similar a la anterior, SAP 256/2006 Castellón de la Plana de 1 de junio 2006 afirma que la dedicación del proveedor al 99 % era única y matiza: "es indiferente que haya o no dedicación formalmente en exclusiva a Ferro puesto que como se ha puesto de manifiesto, esta última empresa exigía dedicación de servicio 24 horas (J.Bueso) dedicación exclusiva y completa (...) Varios testigos han afirmado que la dedicación era completa a Ferro que absorbía toda la plantilla. Hubiera sido imposible trabajar con la misma dedicación a otras empresas Por lo que acepta una dedicación plena, aunque no exclusiva como motivos para fundar". Con lo cual se constata una dependencia debida a la organización porque no tiene alternativa, al centrar toda su actividad en ella de manera exclusiva y completa.

Con lo anterior, constatamos que la entrega total en la actividad en un distribuidor sin la existencia de tiempo o la prohibición –al ser contrato exclusivo– son un indicio claro de dependencia económica.

El octavo y último criterio es la gravosidad de la alternativa. Con esto se hace mención al término equivalente, pues en principio, para negar la dependencia económica debe existir una opción semejante. Pese a ello, notable jurisprudencia de manera implícita había rechazado la situación de dependencia económica sin que existiera dichas alternativas viables.

Contrariamente, se niega la falta de alternativa y por lo cual la dependencia económica cuando: "disponiendo la demandante de fuentes alternativas suficientes a las que vender o suministrar el aceite de oliva enrasado, y, además, razonables en la medida que no implicaban costes o desventajas inasumibles, o al menos no consta otra cosa" como aprecia SAP 313/2011 Madrid 28 de octubre de 2011.

Con los criterios expuestos, es necesario matizar que ninguno de estos tiene un valor absoluto, sino que deben valorarse en conjunto. Esto se deduce implícitamente en SAP 105/2012 Barcelona 13 de

marzo de 2012: "no basta para apreciar la existencia de dependencia económica que una parte sustancial de la facturación proceda del proveedor que ha resuelto el contrato". De ahí, también la necesidad de ir caso por caso apreciando cada circunstancia y que lo integra, lo que compromete efectivamente a establecer criterios sólidos y fiables.

En resumen, son variables que hemos sistematizado con el objetivo de facilitar la comprensión, pese a ello no dejan de ser indicios que ayudan explicar la situación de dependencia económica, pero aun considerándose como relevantes, deben valorarse de manera conjunta ateniendo al relato fáctico del caso.

4.4. *Tipos de dependencia económica*

La situación de dependencia puede tener origen en diversas circunstancias de ahí que *Massaguer*⁴² los haya clasificado en cuatro tipos de dependencia. El criterio clasificatorio es el origen de esa dependencia, pudiendo dividir los cuatro en dos subgrupos: la dependencia originada por la propia relación entre las empresas implicadas, y la originada por las características propias mercado.

El primer tipo es la dependencia debida a la composición de la oferta: se produce cuando la inclusión de los productos o servicios de una cierta empresa –respecto de la cual se produce una situación de dependencia– entre los que otra ofrece al público en su establecimiento resulta imprescindible para que ésta sea competitiva. De este modo, la dependencia se produce respecto a un producto que goza de prestigio o notoriedad entre los consumidores y el distribuidor necesita ofrecerlo al público. Por consiguiente, este tipo de dependencia se produce generalmente en el sector de la distribución minorista entre distribuidor que es el que está en una situación de dependencia respecto al fabricante y distribuidor principal. Esta conducta se manifiesta en la negativa de suministro del fabricante al distribuidor.

El segundo tipo es la dependencia debida a la organización empresarial: se produce en aquellos casos en que la empresa cliente o proveedor ha acomodado específicamente su establecimiento y actividad a las características específicas de los productos o servicios de otra empresa de la que depende. Este tipo de relación se produce generalmente en los contratos de larga duración o de duración indefinida, para cuya ejecución el cliente o proveedor debe efectuar elevadas inversiones y respectivamente, renuncia a recibir suministros de otros proveedores o suministrar a otros clientes –encasillándose como un distribuidor exclusivo– con los consiguientes efectos de especialización en la comercialización o producción y de marginación en el mercado. El elemento decisivo para afirmar que concurre una dependencia de este tipo es, en esencia, la aptitud de la organización empresarial creada para recibir aplicaciones alternativas.

El tercer tipo es la dependencia debida a una situación de escasez: se produce en los momentos en que una empresa cliente se ve necesitada de suministros de un fabricante como consecuencia de una repentina e imprevisible carencia en el mercado de los productos o servicios en cuestión, pero también como consecuencia de la regulación del particular mercado, estructurado en forma de monopolio u oligopolio.

⁴² MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, 1991. (págs. 478-480)

El cuarto y último tipo es la dependencia debida al poder relativo de la demanda: existe en los casos en que los proveedores de un determinado producto o servicio solo pueden colocarlos en el mercado en condiciones competitivas si se abastece con ellos a un determinado cliente. Esta relación es la propia entre un fabricante –que es la empresa que está en situación de dependencia– y un distribuidor, porque comercializa una gran importante de su producción a través de éste. El elemento clave para considerar la concurrencia de esta clase de situación es la ausencia de canales de distribución funcionalmente alternativos, consideradas las demás posibilidades de comercialización de los productos o servicios en cuestión con exclusión del suministro directo a consumidores finales, de modo que toda la producción del proveedor o una parte sustancial de la misma, se comercialice a través de un solo distribuidor – como los productos de consumo masivo que son comercializados a través de grandes superficies– o se suministre a un único fabricante o cliente empresarial.

Con todo esto, comprobamos que muchos de los supuestos jurisprudenciales relatados pueden encasillarse en alguno de estos tipos –y en más de uno– pero concretamente los tipos de dependencia que afectarán más en el presente estudio entre Mercadona y sus interproveedores serían la dependencia debido al poder relativo de la demanda y también la dependencia debida a la organización empresarial.

4.5. *Explotación de la situación*

Confirmada la existencia de una situación de dependencia económica, el supuesto exige –*ut supra*– que dicha situación sea objeto de explotación abusiva. Con lo cual, llegamos al segundo elemento troncal del estudio que culmina el supuesto siendo éste la acción relevante o desleal como se define legalmente: la explotación de la dependencia económica.

De esta manera, la situación de poder relativo –como el absoluto de una posición de dominio en la LCD– no es ilícita en sí misma, sino que requiere un abuso de éste tal y como ratificó la Resolución TDC de 22 de julio de 1993 [Expte. A 53/1993].

Así, siguiendo a *Massaguer*⁴³ para que se perfeccione un acto de competencia desleal debe considerarse lo siguiente: Para empezar, la utilización del poder relativo del mercado por la empresa que lo ostenta con el propósito de lograr una favorable configuración material de las condiciones comerciales con sus clientes y proveedores, no es un acto de competencia desleal por sí mismo. Es decir, si la empresa se prevale de su poder relativo de mercado para conseguir alguno de sus objetivos, eso no significa, en ningún caso, que directamente exista una explotación de la situación.

El problema surge cuando a través de determinadas conductas –que se pueden clasificar en: la negativa a establecer relaciones comerciales, la discriminación, la obstaculización mediata y la discriminación pasiva– se produce un abuso injustificado y desproporcionado.

Con lo cual, el control de la deslealtad concurrencial de la explotación de una situación de dependencia no prohíbe que las empresas con poder relativo de mercado perjudiquen a terceros y empeoren la estructura competitiva del mercado, lo que prohíbe es que se produjesen esas perturbaciones anteriores de manera injustificada y desproporcionada. En este sentido SAP 11/2006 Barcelona 13 de marzo 2016: “aun admitiendo que se hubiera acreditado entre las partes una relación de dependencia económica a los estrictos efectos del precepto, el reproche de deslealtad solo debe formularse a la conducta imputada

⁴³ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, 1991. (pág. 477)

si se trata de una conducta injustificada y en todo caso, desproporcionada” (en ese mismo sentido también: Resolución del TDC de 16 octubre de 1998 [AC 1998, 9059]; SAP Barcelona de 24 de julio 2001; SAP Barcelona 1 de diciembre de 2004).

Una clara justificación la encontramos en SAP 253/2003 de 5 de junio de 2003 recogiendo “el cese de la relación comercial efectuado por Helados Miko, al venir justificado por el incumplimiento de una de las obligaciones esenciales del distribuidor como es hacer frente a los pagos, no puede catalogarse como desleal”. Con lo cual, al incumplir con lo estipulado se produce una ruptura lícita.

Precisando en estos términos, para que exista una falta de justificación, es necesario la comprobación de dos requisitos: la licitud y la racionalidad económica de la conducta. En este análisis se debe efectuar una ponderación de los intereses individuales y colectivos. Por un lado, los intereses individuales comprenden: los intereses de las empresas con poder relativo en el mercado que aglutinan los objetivos económicos y empresariales, y los intereses de las empresas en situación de dependencia económica basados en el acceso al mercado y el desarrollo de su actividad sin trabas ni perturbaciones, que empeoran su posición al mercado frente a los competidores. Por otro lado, los intereses colectivos comprenden: los intereses institucionales basados en los fines políticos y normativos contra la competencia desleal con el objetivo de mantener la estructura y operatividad del orden concurrencial. Seguidamente, esta justificación objetiva requiere además la proporcionalidad en relación con los objetivos que se persiguen. Por lo que las decisiones estratégicas habrán de valorar las repercusiones sobre la posición competitiva de los terceros y sobre los presupuestos básicos del orden, y entrar a considerar si unos resultados económico-empresariales equivalentes pueden conseguirse con políticas y conductas más inocuas.

En consonancia con lo anterior: “se requiere para no ser calificada como desleal, que además de la justificación objetiva de la conducta, su licitud y racionalidad, esta sea proporcional con los objetivos (lícitos y razonables) que se persiguen” como recoge SAP 256/2006 Castellón de la Plana de 1 de junio 2006.

Recapitulando: el supuesto se materializa cuando la conducta considerada abusiva es objetivamente injustificada y desproporcionada, siendo posibilitada precisamente por la situación de dependencia económica. Por lo que podemos decir que el precepto solo defiende las empresas en situación de dependencia ante tales perturbaciones cuando no están justificadas y son desproporcionadas.

Pero con todo lo anterior, debemos afirmar –según la jurisprudencia analizada– que los casos en los que se acepta efectivamente la explotación de la situación de dependencia como consecuencia de que la conducta es injustificada y desproporcionada son prácticamente residuales. Esto sucede porque los tribunales son muy flexibles en la admisión de la justificación debiendo darse circunstancias de peso, para rechazarla. A esto se le debe añadir, que en pocos casos se llega a la valoración del abuso –o se hace de manera hipotética y por lo tanto superflua– porque no han cumplido el primer requisito de dependencia económica y no consideran pasar a la segunda fase.

Por ello, hemos escogido tres casos en los que sí ha existido abuso que curiosamente son los que mejor razonamiento jurídico ostentan: primero, en SAP 269/2007 Barcelona de 14 de mayo de 2005 referente a los quiosqueros que sufrían una discriminación por margen sin ninguna justificación objetiva, pues no había mayores volúmenes de ventas que los otros como razona el juzgador, únicamente unos habían

aceptado la subida de margen y los otros no. Así según la argumentación: "no justifican de forma objetiva el posterior trato discriminatorio, esto es no, encierre ninguna razón objetiva como hubiera podido ser por ejemplo la diferencia de margen por beneficio viniera marcada por el volumen de ventas". Sentencia determinando que todo esto les coloca una situación de desventaja en relación al resto de quiosqueros por la reducción de beneficios indiscriminada, lo que podría repercutir en su capacidad competitiva, por lo que admite el abuso.

Segundo, en la STS 75/2012 29 de febrero 2012 que confirma la sentencia de apelación, se afirma la explotación pues la empresa Cunext Copper Industries teniendo una situación de poder absoluto en el mercado geográfico: "utilizando como transmisores de su voluntad a las que ha venido obligando a estos a aceptar la realización de portes por debajo de su coste real, así como a no percibir retribución o compensación alguna por los tiempos de espera o por los incrementos de servicios motivados por las alternaciones en las rutas una vez iniciados, y ello, aprovechándose de la dependencia de los transportista tienen de los encargos de Cunext y conminándolos a aceptar tales condiciones desventajosa a riesgo cierto de no trabajar para tan poderosa empresa". Así también añade: "las condiciones económicas de los portes son impuestas por la empresa cargadora". Con lo cual, estas conductas las considera un abuso que atenta contra el funcionamiento del mercado.

Tercero, en SAP 16/2014 Ourense de 4 de febrero de 2014 que confirma la situación de dependencia: se constata que la empresa ostentaba no solo una posición relativa, sino dominante en el mercado escasos meses y después de pactar un precio de 0,45 euros/kg con la empresa dependiente lo sube hasta 0,90 euros/kg de manera unilateral alegando motivos de mercado y tras haber requerido el pago en varias ocasiones cesa los suministros. Asimismo, en este caso el juzgador lo considera abusivo porque efectúa una imposición unilateral y no consensuada, además en el contrato estipulaba una cláusula que las fluctuaciones del precio no podrían provocar un incumplimiento del contrato, y también el hecho de que se rechace la propuesta de la demandante del reparto diferencial del incremento. Pero sobretodo es que el aumento de precio derivado del incremento de la materia prima no se justifica como se recoge: "en cuanto a la procedencia del incremento del precio que pretendía la parte demandada como justificativo de la suspensión del suministro, ni se acredita en las comunicaciones que se dirigen a la demandante, previas a la resolución del contrato, limitándose a afirmar tenemos información documentada de que el precio de mercado es superior al que nosotros estamos estableciendo, sin adjuntar documento alguno acreditativo, por lo que resulta una mera afirmación unilateral." Con lo cual, todos estos elementos llegan a la determinación del abuso.

Pero las anteriores no dejan de ser sentencias excepcionales de las que se han encontrado pocas a lo largo de la investigación y siendo de casos muy evidentes de explotación. Por eso, hemos querido destacar dos sentencias que ejemplifican *el modus operandi* en la aplicación de dicha justificación y proporcionalidad.

La primera es SAP 256/2006 Castellón de la Plana de 1 de junio 2006 en el que existe una situación de dependencia económica de una empresa proveedora y que pese a que finalmente –de manera insólita– sí se admite una conducta explotativa por una acumulación de motivos fácticos, la simple valoración del tribunal es determinante para constatar la dificultad que puede suponer rechazar la justificación de la empresa con poder relativo: "perfectamente congruentes con sus estrategias empresariales de reducción de costes de mantenimiento para conseguir un precio final competitivo. También es lícito el cambio de estrategia en cuanto a la contratación del personal de mantenimiento de la plantilla". Por

consiguiente, consideraría justificados los cambios tecnológicos por los motivos anteriores, aunque como hemos dicho en este caso por una acumulación de hechos de los que se deriva que la conducta supone la explotación abusiva, siendo también muy claros y evidentes.

En segundo lugar, es esencial la Sentencia de los Juzgados de lo Mercantil, Barcelona 24 de febrero 2010 referente a dos empresas de suministros que ven cesado su contrato por 5 laboratorios en un breve período de tiempo. A ello el tribunal considera: "no parece que pueda imponerse la continuación de una relación de suministro, de la que se pueda libremente desistir, como único remedio para eludir un comportamiento desleal, máxime cuando la decisión de desistir obedece a razones objetivas y tiene una explicación empresarial". Con esto, si acudimos a lo que el tribunal denomina "razones objetivas empresariales" que los laboratorios habían utilizado para justificar la cesación de suministros, encontraríamos –solo recogiendo tres de los cinco para constatar las líneas generales de la justificación– las siguientes. La primera: "la necesidad de llevar a cabo una reorganización y reestructuración de las tareas del grupo para lograr los objetivos de racionalidad, eficacia y rentabilidad requeridos", la segunda: "poner en marcha una nueva política comercial", y la tercera: "un nuevo sistema de comercialización que permita, al mismo tiempo, una mayor eficiencia y una mejora de la atención a las necesidades de hospitales o farmacias".

De lo anterior se desprende que las justificaciones pueden estar cargadas de términos vagos y generalidades siendo aceptadas, de todos modos, por la jurisprudencia. Estos términos imprecisos como hemos dicho comportan que se aprecie en muy pocos casos causas injustificadas y desproporcionadas de la conducta abusiva, pues cualquier empresa con poder relativo sería capaz de fundamentar en base a motivos empresariales.

En resumen, el marco de aceptación de una conducta "justificada y proporcional" es muy ancho por lo que difícilmente –si no sucede como en los casos determinados que había motivos irrefutables– se rechazaran.

4.6. Conductas de explotación

Para determinar si existe posición abusiva habrá que determinar el tipo de conductas que pueden dar lugar al abuso. No obstante, el precepto no recoge las conductas específicas como así se relata en SAP 269/2007 Barcelona de 14 de mayo de 2007. De ahí que la doctrina haya propuesto clasificarlas en varios grupos: la negativa a establecer relaciones comerciales, la discriminación, la obstaculización mediata y la discriminación pasiva.

La primero, la negativa a establecer o continuar relaciones comerciales: se encuadraría el supuesto básico de terminación unilateral de una relación en vigor, la obstaculización vertical que conduce al rechazo o a la demanda con quien todavía no se habían establecido relaciones comerciales la negativa de suministro la negativa conceder licencias la negativa a prorrogar la relación a su finalización ordinaria. Esta negativa tiene que darse sin causa justificada y razonable.

La segunda, la discriminación de quien ostenta un poder relativo de mercado hacia un cliente o proveedor que se encuentra en situación de dependencia en las relaciones comerciales que mantiene siendo totalmente injustificada. Se refieren aquí a la prohibición de un trato discriminatorio lo que supone imponer el principio de igualdad entre los sujetos que mantengan relaciones contractuales con

la empresa con poder relativo. Determinadas actuaciones como el descuento de volumen o forma de pago no pueden ser consideradas per se discriminatorias. En consonancia, no comporta que se produzca un trato exactamente igual, sino aplicar las condiciones cuando las prestaciones sean equivalentes como recoge la resolución del TDC de 19 de mayo de 2005 (Expte. R 644/04 Estaciones de servicio).

En tercer lugar, la obstaculización mediata se refiere a la conducta específica en que existe un impedimento para que con el cliente o proveedor dependiente le prive de los pedidos o suministros. Se puede afirmar que esta obstaculización nace de la asimetría en el poder de mercado de las empresas enfrentadas. Podrá ser una obligación exclusiva, entendida como una cláusula contractual que le permita distribuir a esos competidores, también la cláusula que supedita la contratación de productos o servicios a la aceptación de otros adicionales sobre los que no se ostente poder relativo en el mercado.

En cuarto lugar, la discriminación pasiva se refiere al poder relativo de la demanda. La empresa con poder relativo de mercado es demandante de bienes y servicios, y la conducta desleal deviene en la obtención suministros en condiciones más ventajosas que las acordadas por los suministradores con las empresas que carecen de poder relativo de mercado. Estos generalmente quedan recogidos en los dos supuestos legales del artículo 16.3 LCD.

Todas estas conductas lógicamente serán abusivas siempre que no encuentren una justificación objetiva y razonable.

V. APLICACIÓN AL SUPUESTO PRÁCTICO: MERCADONA

1. Gran distribución y dependencia económica

A partir de aquí, empezaremos la valoración del supuesto práctico aplicando todo lo investigado anteriormente al caso Mercadona.

Por consiguiente, es necesario ubicar Mercadona en el mercado donde desarrolla su actividad y definir la relevancia que ha tenido éste en el presente supuesto estudiado de la explotación de una situación de dependencia económica.

Con esto, Mercadona se enmarca en el mercado de la gran distribución que es el encargado de canalizar los productos y servicios de los proveedores a los consumidores.

De esta manera, la gran distribución –sobre todo alimentaria– se ha caracterizado por una asimetría en el poder económico y de negociación de sus operadores, lo que ha llevado a que se caracterice como un mercado en el que se producen habitualmente prácticas comerciales desleales. Por todo ello, en los últimos años las prácticas comerciales desleales concretadas en las relaciones distribuidor-proveedor han suscitado una gran atracción tanto a nivel nacional como comunitario, que ha desembocado en significativos avances sobre la materia.

Así pues, desde 2009, la Comisión ha iniciado un proceso para erradicar determinadas prácticas comerciales desleales que atentaban contra el sistema competitivo en este ámbito y lo ha hecho a través varios documentos, entre los que encontramos, de manera fundamental: la Comunicación de la Comisión⁴⁴, el Libro Verde⁴⁵ y el Informe de la Comisión⁴⁶. Con estos documentos que estaban complementados con estudios relevantes, se ha determinado que en las últimas décadas las estructuras del mercado de la distribución han cambiado produciéndose una concentración e integración vertical, y también las distribuidoras han ido comercializando productos bajo su marca lo que ha supuesto que los proveedores pasaran a ser competencia directa. En definitiva, un pequeño número de los agentes del mercado minorista –entre los que se incluye Mercadona– copa la mayoría del mercado de la cadena de suministro con el poder que ello supone.

Consecuentemente, esta evolución ha contribuido a generar más desequilibrios económicos en las relaciones comerciales de los distintos operadores de la cadena y también diferencias entre el poder de negociación. De hecho, los estudios recogidos en los documentos anteriores contemplaban que un 96 % de las empresas encuestadas habían sido objeto de alguna práctica comercial desleal y que un 56 % habían sido afectados con modificaciones retroactivas del contrato de manera habitual.

De este modo, sobre todo la publicación del Libro Verde ha ayudado al entendimiento y comprensión de las prácticas comerciales desleales, luchando contra ellas por ser: “habitualmente impuestas, en

⁴⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas*. Estrasburgo, 2014.

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa*. Bruselas, 2013.

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas*. Bruselas, 2016

casos de desequilibrio de fuerzas por una parte que se halla en una situación de superioridad a otra que se hallan en situación de inferioridad y pueden verificarse en cualquiera de los lados de la relación entre empresas y cualquier eslabón de la cadena de suministro". Y con ello, también se ha confirmado que los efectos de tales prácticas perjudiciales pueden influir en la inversión y en la innovación.

Las prácticas comerciales desleales típicas según los informes, son las siguientes: cláusulas contractuales ambiguas, ausencia de contratos por escrito, cambios retroactivos de los contratos, transferencia desleal de riesgos comerciales, uso desleal de información, terminación desleal de una relación comercial y restricciones territoriales de suministro.

Para combatir estas prácticas, la Comisión ha llevado a cabo la "Iniciativa de la Cadena de Suministro" que está integrada por autoridades nacionales, instituciones europeas, proveedores y minoristas, del ámbito alimentario. El objetivo de esta iniciativa es "promover prácticas de negocio justas en la cadena alimentaria como base de los acuerdos comerciales", con lo cual, lucha contra las prácticas comerciales desleales a nivel vertical para que los conflictos entre distribuidores y proveedores se gestionen de manera justa y transparente. Así, para implementar este proyecto, se han establecido una serie de principios que permitan erradicar las prácticas comerciales desleales en las relaciones verticales de la cadena de suministro, entre los que se incluyen: acuerdos escritos, previsibilidad, cumplimiento, información, confidencialidad, responsabilidad por riesgo y exigencias lícitas.

En 2013 se permitió la adhesión de empresas a la iniciativa una vez se habían verificado el cumplimiento de los principios de buenas prácticas, mismo año en el que se ha adherido Mercadona.

En consonancia con el desarrollo europeo, las autoridades españolas muy conscientes del problema que plantean las prácticas comerciales desleales en el sector de la alimentación, mediante la CNC se elaboró un informe⁴⁷ en 2010 muy significativo detallando profundamente todos los aspectos relativos y también con la Ley 12/2013⁴⁸ se ha pretendido hacer frente y controlar estas prácticas.

Este relevante informe de la CNC destacaba –de manera muy parecida a los homólogos europeos– la transformación experimentada en las últimas décadas del mercado de distribución que encuentra sus causas en: el aumento de concentración de los distribuidores, el aumento del protagonismo de los supermercados medios y grandes, y el aumento de la cuota de mercado de las marcas de distribuidor. Así se concreta, un mayor poder de negociación de las empresas de distribución que facilita su capacidad para utilizar prácticas comerciales desleales contra sus proveedores y esto unido a la constatación que la dependencia de los proveedores ha aumentado porque un 83 % de ellos aseguran que tienen más de un 10 % de sus ventas en un mismo distribuidor, provoca que se dispare la probabilidad de prácticas comerciales desleales

De la misma manera, también clasifica las prácticas –como en Europa– que considera de mayor riesgo para el proveedor siendo: los pagos comerciales, la no fijación de las condiciones contractuales y las modificaciones retroactivas no pactadas o no previstas, la excesiva antelación con la que los distribuidores solicitan información a los proveedores, las cláusulas del cliente más favorecido y la exigencia de información comercial sensible a los proveedores.

⁴⁷ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*, 2010.

⁴⁸ Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria

Finalmente, el informe no duda en emitir recomendaciones –como en el marco comunitario– para minimizar las prácticas como: formalizar por escrito las relaciones comerciales, el establecimiento de límites a las modificaciones retroactivas de las condiciones contractuales, asegurar la previsibilidad y transparencia de los pagos comerciales y exigir la confidencialidad de información sensible por el distribuidor.

Con todo lo anterior, se constata la preocupación de las autoridades en la lucha contra las prácticas desleales en la distribución habiendo ejercido acciones para proteger a los proveedores –entre otros– que se hayan en una situación de dependencia, cuestión que es de vital relevancia en nuestro estudio.

2. Mercadona

2.1. Presentación de la empresa

A partir de aquí, efectuaremos una descripción general de la empresa Mercadona aportando datos de relevancia de su crecimiento, su posición en el mercado de la distribución, su nexo con las marcas de distribuidor y su relación con sus interproveedores. Todo ello servirá para un posterior análisis de la posible existencia de una explotación de la situación de la dependencia económica de sus interproveedores tal y como hemos venido advirtiendo.

De este modo, para empezar, Mercadona es una compañía de distribución, española y de capital familiar, que ofrece productos de alimentación, higiene personal y cuidado del hogar y mascotas.

Su origen se remonta al año 1977 en Puebla de Farnals (provincia de Valencia) cuando Francisco Roig y Trinidad Alfonso crean Mercadona dentro del Grupo Cárnicas Roig con la que deciden centrarse en el negocio de los ultramarinos. Pero en 1981, Juan Roig –actual presidente– y sus hermanos, compran la empresa de sus padres e inician un proceso de expansión por todo el territorio que le lleva a consolidarse como primera distribuidora a nivel nacional.

Por consiguiente, los factores que ayudan a entender este gigantesco crecimiento son la estrategia comercial implantada en 1993 de reducción constante de precios denominada de "*Siempre Precios Bajos*" (SPB), el éxito de las marcas blancas implantadas en 1996 entre las que se encuentran Hacendado, Bosque Verde, Deliplus y Compi, y el Modelo de Gestión de Calidad Total basado en los 5 componentes: el jefe, el capital, el trabajador, la sociedad y el proveedor, siendo sobretodo "el jefe" – denominación que recibe el cliente en Mercadona– el centro de todas las decisiones de Mercadona.

En consecuencia, actualmente Mercadona es líder de la distribución de gran consumo española con una cuota del 22,9 %, dispone de 1.614 tiendas y una plantilla de 79.000 trabajadores.

2.2. Crecimiento de la empresa

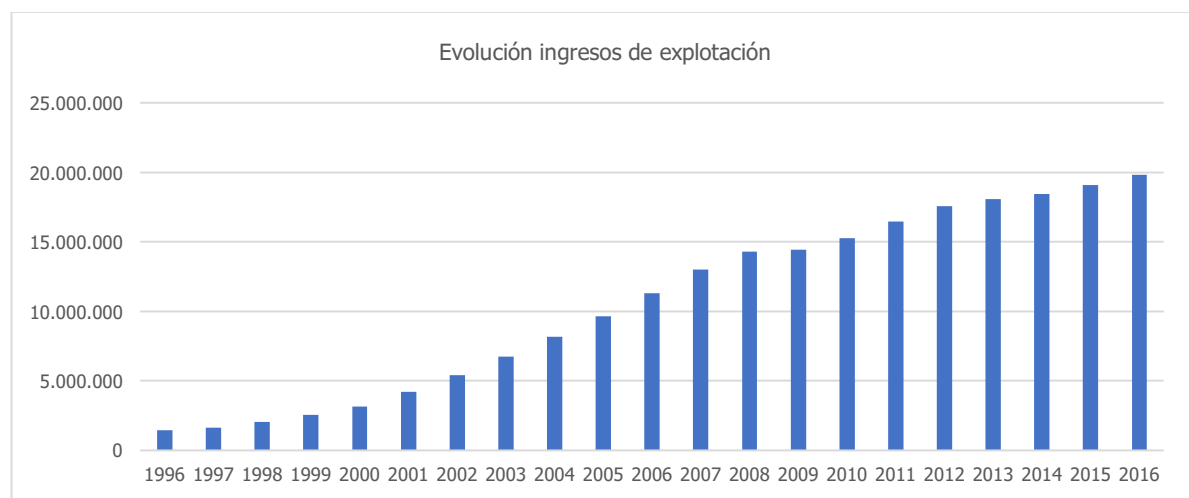
Para constatar la magnífica evolución de Mercadona: en 1981 Mercadona contaba con 8 puntos de venta y años 35 años más tarde, en 2016, posee 1.614 tiendas repartidas por todo el territorio español⁴⁹.

⁴⁹ Ver anexo VIII.1.1: Gráfico evolución número de tiendas

De este modo, ha tenido un crecimiento exponencial desde su expansión empresarial hasta la actualidad. Pero sobretodo nos interesa ver su evolución a partir de la implementación de sus marcas blancas en 1996 en la medida que supone su incremento de poder y también de posibilidades de afectar más a nuestro objeto de trabajo, la dependencia económica de sus proveedores. Así, también, a partir de 2009 que es cuando efectúa una retirada de muchas marcas de fabricante centrándose de manera predominante en sus propias marcas, lo que también comporta un incremento de la relación con sus interproveedores.

En esta línea, para mostrar el crecimiento es necesario constatar los resultados de la empresa una vez se implantan las marcas blancas para determinar en qué medida han influido y como está a nivel económico Mercadona.

A continuación, el gráfico⁵⁰ de las ventas de Mercadona en el período 1996-2016 (en miles de euros):



Contemplamos un crecimiento casi perfectamente lineal que tiene, sobre todo, una pendiente pronunciada entre 1999-2007, pero que de manera sorprendente sigue su ascenso pese a la crisis. De este modo, en global la empresa pasa de facturar 1.426 millones de euros en 1996 a los 19.823 millones en el año 2016 lo que manifiesta el triunfo de sus marcas de distribuidor y del modelo de Mercadona en general.

Del mismo modo, los beneficios netos tienen un comportamiento muy semejante, con una evolución inmejorable, exceptuando una leve desaceleración entre 2008 y 2009, pero que rápidamente en 2010 vuelve a recuperar para crecer con más fuerza –hecho empresarialmente insólito en los últimos años de crisis– hasta llegar a los 636 millones de euros en 2016⁵¹.

Todo ello nos lleva a constatar el ejemplar crecimiento de Mercadona. Pero es que incluso, más allá, su impacto es descomunal a nivel nacional, pues si consideramos la totalidad de la cadena de valor a través de sus proveedores e interproveedores con los impactos directos, indirectos e inducidos de 2016: los gastos corrientes e inversiones ascienden a 17.998 millones de euros y en términos de empleo generado

⁵⁰ Gráfico de confección propia. Datos obtenidos de SABI *Ingresos de explotación Mercadona*, 2017: <https://sabi-bvdinfo.com.sire.ub.edu>

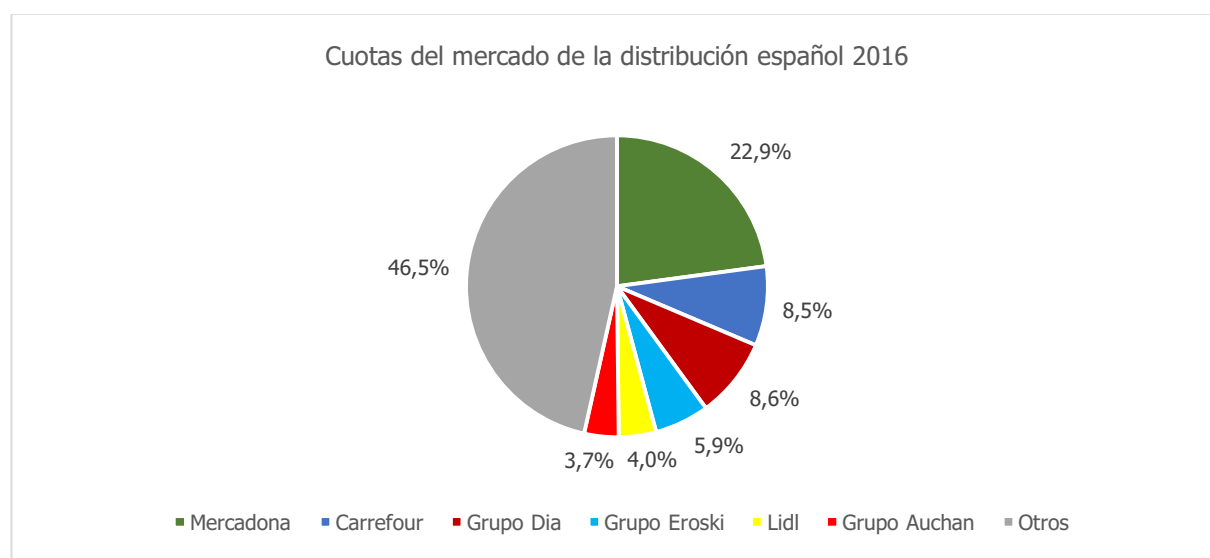
⁵¹ Ver anexo VIII.1.2: Gráfico evolución de los beneficios netos de Mercadona

son 549.544 ocupados, magnitudes que representan el 1,6 % del PIB y el 3,2 % el empleo español, respectivamente.

2.3. Mercado de distribución

El mercado de la distribución es considerado un oligopolio porque un pequeño grupo de empresas copan la mayoría del mercado. Así ya hemos explicado como en los últimos años ha imperado una preocupación institucional por los aumentos de poder de las cadenas de distribución.

La concentración empresarial es uno de los motivos pues entre 6 grupos dominan más de la mitad de la cuota de mercado, concretamente el 53,5 %, hecho que no sucedía en la década anterior. Así pues, A día de hoy el mercado de distribución queda repartido –en cuanto a gasto en el gran consumo– como se recoge en el siguiente gráfico⁵²:



Como vislumbramos en el gráfico, Mercadona es líder de la distribución española con el 22,9 % del gasto de los españoles en el gran consumo. En segundo lugar, está el Grupo Día con una cuota del 8,6 % del mercado al que sigue muy de cerca Carrefour con un 8,5 %, prácticamente en empate. Asimismo, en cuarto lugar, se sitúa el Grupo Eroski con un 5,9% del mercado de gran consumo. Seguidamente, Lidl con un 4 % y ya en quinto lugar el Grupo Auchan –que integra Alcampo– que tiene un 3,7 % del gasto en gran consumo.

Pero es que concretamente, la empresa analizada ostenta una posición de dominio en el mercado, al ser líder en solitaria. Tal es la diferencia actualmente, que para igualar la cuota de Mercadona se deberían unir los 3 distribuidores siguientes con más cuota del mercado español⁵³.

2.4. Marcas blancas

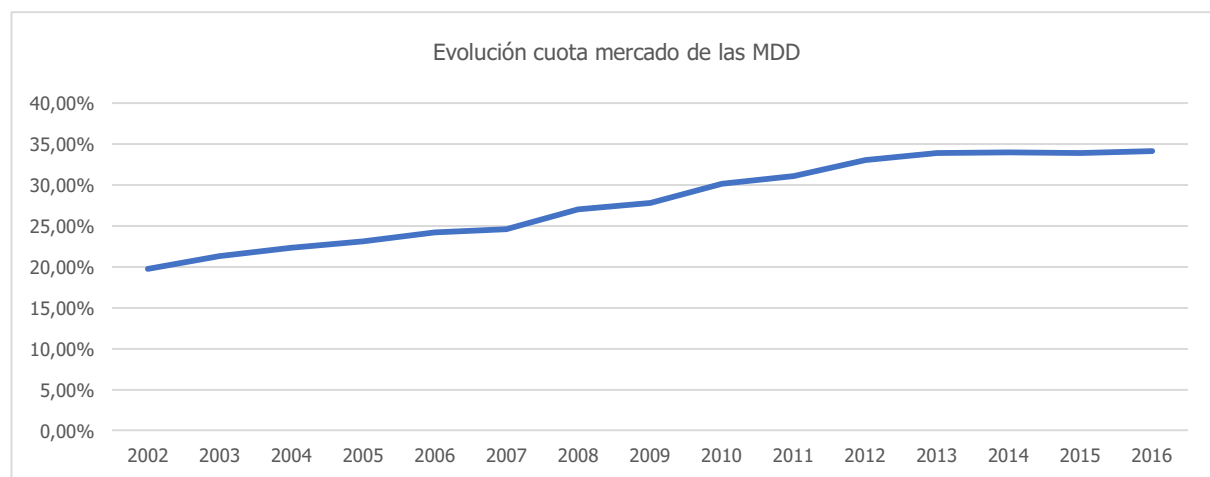
⁵² Gráfico de confección propia. Datos obtenidos de Kantar World Panel: <https://www.kantarworldpanel.com/es>

⁵³ Ver anexo VIII.1.3: Principales distribuidores del mercado español

Las marcas blancas o marcas de distribuidor (en adelante, MDD) son las que han sido fabricadas por una empresa determinada y comercializadas bajo el nombre de la marca de la distribuidora y no el de la compañía que los elabora.

Las MDD se consolidaron en España en los años 90 y desde entonces han protagonizado una revolución en el sector de la distribución –sobre todo en alimentación– con un ascenso constante de la cuota desde el 6,8 % en 1990 hasta el 34,1 % en 2016.

A continuación, el gráfico⁵⁴ desde 2002 hasta 2016:



Este gran ascenso deriva de la oferta de un producto de calidad a un precio más económico que las marcas de fabricante, y conjuntamente, por el inicio de la crisis, que ha comportado una mayor sensibilidad al precio del consumidor.

Lógicamente las marcas de fabricante han visto afectada su cuota de mercado que se ha trasvasado a las MDD tal y como recoge un informe⁵⁵. Con lo cual, se han ido reduciendo las relaciones con los proveedores de marcas y han mejorado las relaciones con los proveedores que les fabrican su propio producto. Así, todos estos incrementos de las MDD han comportado un aumento del poder negociador de las compañías. De este modo, los proveedores internos –o interproveedores pierden fuerza negociadora respecto a las distribuidoras que gracias a su poder pueden imponer determinadas condiciones.

Con esto, como recogía la CNC el poder de compra depende en gran medida de las posibilidades o alternativas que tengan los proveedores fuera de esa relación, pero que precisamente motivos de ese poder eran el tamaño del distribuidor y la importancia relativa, entre otros muchos. Esta importancia relativa es fundamental pues hace referencia a la pérdida que supone para cada parte la frustración de la relación bilateral. Es decir, en términos cuantitativos no supone el mismo impacto que las ventas de un producto de un proveedor le representen al distribuidor un 2 %, mientras que para el proveedor esa relación con el distribuidor supone el 80 %, de ahí que lógicamente estén en una situación asimétrica.

⁵⁴ Gráfico de confección propia. Datos obtenidos de: BLÁZQUEZ, SUSANA. *España, reino de la marca blanca*. El País, 2013.

⁵⁵ ESADE BRAND INSTITUTE. *Impacto económico y social de las marcas de Fabricante*, 2016.

Pero es que además se da un hecho añadido y es que, al contrario del fabricante de marca, que puede tener una notoriedad y prestigio en el consumidor, hecho que en cierta manera obliga al distribuidor a ser razonable en sus relaciones comerciales, el productor de marca blanca no tiene ninguna marca con la que oponerse, debido a que el consumidor solo tiene afinidad hacia la marca blanca, que pertenece precisamente al distribuidor.

Esta invisibilidad hace vulnerable al interproveedor porque la cifra de ventas y el poder de mercado del distribuidor permite cesar las relaciones con éstos siempre que no acepten sus condiciones reemplazándolos por otro sin mayores consecuencias. En cambio, lejos de esto, el proveedor se ve limitado pues la no aceptación de las condiciones le puede suponer el cese de la relación y la consecuente pérdida de cifra de negocios –con sus impactos empresariales negativos– debido a que no verá fácilmente suplidos su nivel de ingresos.

Centrándonos, Mercadona en 2009, de conformidad con el éxito de sus productos de distribuidor decidió retirar más de 800 productos de marcas de fabricante de sus lineales y lo justificó relatando que volvía a la sencillez para tener un surtido eficaz para “el jefe”. Esto supuso un gran cambio desde el punto de vista de este estudio en la medida que se centra más en los productores de marca blanca porque establece relaciones más fuertes y duraderas con ellos en la mayoría de casos–como se verá–reclamando una distribución exclusiva lo que puede dar lugar efectivamente a supuestos previstos en el artículo 16.2 y 3 LCD.

Asimismo, Mercadona ha sido la empresa abanderada de las marcas blancas siendo uno de los principales motivos de crecimiento de la compañía de los últimos años. Pero cabe decir que, en el mercado de la distribución, según afirma un estudio⁵⁶ prácticamente todas las operadoras han optado por este modelo siendo las que más: Lidl, Mercadona y Día. Sobretudo Lidl, en primera posición, que es la que vende más productos de su propia marca, prácticamente el 70 % respecto al total. Mientras que Mercadona a raíz de la reducción de su lineal de productos de fabricante en 2009 de ha pasado a vender más del 50 % de MDD. Y muy parecido se encuentra Día –aunque por debajo– con más de la mitad de sus ventas.

Todo esto permite concluir que Mercadona no tiene solo la principal cuota del mercado de la distribución que le garantiza una posición dominante en el mercado, sino que al centrarse en las MDD se acentúa más esta situación de asimetría entre los interproveedores porque la importancia relativa hacia ellos es baja pudiéndose ser sustituidos por otros.

2.5. *Interproveedores*

Los denominados interproveedores son una tipología de proveedores que producen los productos de marca del distribuidor siendo en algunos casos el contrato indefinido y/o exclusivo, pero en todo caso, con una estrecha relación comercial.

⁵⁶ GIL CORDERO, ELOY. *Evolución y tendencia nacional e internacional de la marca de distribuidor*. Universidad de Sevilla, 2015.

Así, los interproveedores de Mercadona son esenciales para la consecución de su actividad debido a su focalización –*ut supra*– en las MDD. Por ese motivo, efectuaremos una determinación de la relación según Mercadona con sus interproveedores que ha sido extraída de sus informes corporativos⁵⁷.

Actualmente Mercadona cuenta con 2.500 proveedores comerciales y de servicios, entre los que se incluyen, los denominados interproveedores cifrados en más de 125 que son los más relevantes por los motivos explicados.

La empresa distribuidora siempre ha mantenido su estrecha relación con ellos para mejorar en ámbitos como la productividad, la calidad, la innovación y que el producto sea de origen español. Para conseguirlo, exige esfuerzo e implicación a sus interproveedores para asegurar la competitividad. Asimismo, celebra la reunión anual de interproveedores para reforzar el compromiso, poner en común ideas, reflexiones y sugerencias mejoras en el desarrollo de su actividad.

En la interacción con los proveedores e interproveedores es esencial remarcar que Mercadona es una de las firmantes de “Iniciativa de la Cadena de Suministro” que –como se ha explicado en el inicio– tiene como propósito⁵⁸: “promover prácticas de negocio justas en la cadena alimentaria como base de los acuerdos comerciales”. En consonancia, a nivel interno ha implementado la “Cadena Agroalimentaria Sostenible” en el que pretende junto a sus proveedores e interproveedores establecer relaciones en las que priman el dialogo constante, la transparencia y la confianza. Todo ello se implanta a través de diversos principios: primero, el objetivo conjunto, la cooperación mutua, el principio ganar-ganar, el cumplimiento de los compromisos acordados, la transparencia y la relación estable.

En suma, Mercadona cumple los requisitos necesarios para ser considerada una empresa responsable en sus relaciones con los proveedores pues –*ut supra*– para formar parte de la cadena deben cumplirse unos requisitos.

3. Aplicación práctica

3.1. Explicación de la metodología

Con todo lo anterior, iniciaremos el supuesto práctico en el que contrastaremos los elementos que se han investigado del artículo 16.2 e incluso del 3 con la relación que tiene Mercadona respecto a sus proveedores para determinar si efectivamente existe una explotación de la situación de dependencia económica.

Cabe especificar que lo que pretendía ser un análisis del supuesto concreto de Mercadona basado en un estudio de campo no se ha podido materializar, porque a pesar de la deliberada insistencia a gran parte de los interproveedores y antiguos interproveedores, la negación ha sido rotunda. Debemos destacar que en todos los casos existió el compromiso de la confidencialidad y anonimato de las respuestas, argumentado, además, que las respuestas nunca podrían desenmascarar al entrevistado en la medida que quedarían diluidas entre la globalidad.

⁵⁷ MERCADONA, *Memoria anual 2016*, 2016

⁵⁸ SUPPLY CHAIN INCIATIVE. *Por qué*, 2017. Web: <http://www.supplychaininitiative.eu/es>

Para que se comprenda el proceso: inicialmente se contactó vía email con 65 interproveedores, de estos solo contestaron 6. De éstos, 4 rechazaron argumentando motivos de confidencialidad, uno sorprendentemente aceptó y el otro explicó que no era interproveedor. Seguidamente, se procedió a llamar a cada uno de los proveedores que no habían contestado y se les explicó en qué consistía el trabajo –en algunos casos absteniendo comentar que se centraba en la competencia desleal por sus connotaciones negativas– de los cuales, después repetidos contactos, más de 15 aceptaron contestarlas. No obstante, enviadas las preguntas la negativa fue clara: en la mayoría de casos por motivos de confidencialidad y otros directamente se abstuvieron en contestar. Por última vez, se volvió a contactar, con varias de estas personas insistiendo sobre la confidencialidad y el anonimato, y el carácter estrictamente académico, pero solo uno, finalmente, accedió a contestar.

Pese a ello estábamos concienciados de la posible abstención de los interproveedores puesto que incluso el programa “Fenómeno Mercadona” de Salvados solo consiguió que un interproveedor aceptara ser entrevistado con el requisito de mantener su anonimato como se explicó en el programa.

En suma, todo esto ha llevado a la incapacidad de contrastar debidamente las conductas que presiden las relaciones entre Mercadona y sus interproveedores, puesto que solo se han conseguido dos proveedores entrevistados⁵⁹. Aun así, eso nos permite deducir el denominado “factor miedo” de algunos proveedores que no tienen interés en explicar el tipo de relaciones con la distribuidora siendo un presupuesto básico como explica el informe de la CNC⁶⁰.

Seguidamente, es necesario poner en relieve que las dos entrevistas están presididas por la discreción y minimización de la información, con un discurso eminentemente corporativista. Pese a ello, no haremos mención alguna de los proveedores que se prestaron a responder las preguntas cumpliendo con el anonimato prometido. Asimismo, incluso los antiguos interproveedores entrevistados a sabiendas del anonimato han querido dejar constancia de la satisfactoria relación comercial que hubo con Mercadona y que sigue habiendo, ahora en otra modalidad.

Consecuentemente, con las declaraciones de los proveedores estableceremos una valoración teniendo en cuenta primero si existe situación de dependencia y en segundo lugar si existe una explotación que culmina el tipo. Cabe decir que los resultados serán puramente hipotéticos y amparados por las investigaciones realizadas en el presente trabajo.

3.2. Determinación de la situación de dependencia económica

En base a los criterios sistematizados en el estudio para la apreciación de la situación de dependencia contrastaremos con las respuestas y la información de las relaciones entre Mercadona y sus proveedores para constatar su posible concurrencia.

De esta manera, si los indicios contribuyen a la dependencia económica se hará una referencia afirmativa, mientras que, si lo excluyen, se hará una negativa.

⁵⁹ Ver anexo VIII.2: Entrevistas

⁶⁰ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMETENCIA. *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*, 2010.

El primero y principal indicador, el volumen de negocios que procede del distribuidor: en este caso sería afirmativo porque Mercadona suele exigir a sus interproveedores contratos de exclusividad o relaciones con mucha vinculación, por lo que prácticamente toda la facturación depende de ella. Asimismo, en los dos antiguos interproveedores preguntados: un 50 % de las ventas en ambos casos dependía de Mercadona. Por lo que hay que matizar que, aun tratándose de dos empresas relevantes, su relación con la distribuidora ya suponía más de la mitad. Así, atendiendo a la proporción, estaría por encima de los criterios legales y las recomendaciones, y también en los casos planteados de los jurisprudenciales en los que se admite la dependencia económica.

El segundo indicador, el resultado de la empresa dependiente: en este caso sería afirmativo en cuanto el nivel de ventas con la entrada a Mercadona crece de manera exponencial al requerirse un volumen suficiente para abastecer a todos sus clientes y como se ha explicado, Mercadona es la líder en el mercado de distribución nacional. Y de manera inversa, la salida de los interproveedores supone una pérdida de ingresos muy elevada como ha sucedido en muchos casos. Así lo afirma uno de los antiguos interproveedores que relata la difícil situación que se vivió por la pérdida de volumen. Mientras que el otro considera que recondujeron el volumen, pero aclara que el desenganche se realizó de forma progresiva en 3 años porque precisamente los volúmenes de compras eran tan importantes que los otros proveedores no podían asumirlos. En ninguno de los casos, se nos informó de magnitudes concretas de pérdida, pero podemos afirmar que la afectación a nivel de ventas es grave.

El tercer indicador, la dimensión del proveedor. En este caso sería negativo muchas de las empresas con las que tiene relaciones comerciales son de gran tamaño y de no ser así, la propia relación les hace crecer. En este caso, los dos antiguos interproveedores son grandes empresas. No obstante, Mercadona también tiene relación directa con PYMES por lo que su poder relativo sería muy grande contribuyendo a la dependencia económica.

El cuarto indicador, el poder del distribuidor de los productos en el mercado: en este caso sería afirmativo en cuanto Mercadona es el líder de distribución a nivel nacional con un 22,9 % de la cuota de mercado, muy por delante de todos sus competidores. Con lo cual, no tiene solo un poder relativo respecto a sus proveedores sino tiene una posición dominante en el mercado tal y como se ha explicado. Asimismo, aun es más elevado el poder respecto a las empresas productoras de su propia marca porque como hemos explicado su importancia relativa para Mercadona es muy baja, ya que de manera individual sus productos suponen muy poco para la distribuidora, pero de manera inversa si, lo que comporta un ascenso de poder, y también por el hecho de que el productor de MDD no tiene visibilidad en el mercado, y con lo cual, el cambio por otro puede resultar relativamente sencillo para la distribuidora.

El quinto, las inversiones específicas realizadas por el proveedor: en este caso sería afirmativo ya que para dar respuesta al volumen de productos que necesita Mercadona es necesario efectuar grandes inversiones. Muchas empresas han crecido a la vez que lo hacía Mercadona porque se requerían cuantiosas inversiones en activo para poder fabricar los productos necesarios. Así lo confirman los antiguos interproveedores: uno afirma que nadie está preparado para tener las estructuras para satisfacer a Mercadona y por ello es obligatorio invertir, y el otro confirma que se invertía mucho por el incremento de ventas que suponía trabajar para Mercadona. Pero ambos aseguran que no hay ninguna obligación de Mercadona para invertir, sino que esa necesidad se deriva de la propia actividad.

El sexto indicador, es la duración de la relación comercial: en este caso sería negativo pues Mercadona, aunque en general establece relaciones a largo plazo con un gran vínculo comercial, no sucedió así con los interproveedores entrevistados ya que tuvieron una relación inferior a 3 años, pero se trata de un supuesto concreto porque finalizaron en 2008 cuando Mercadona apostó por los interproveedores pidiéndoles una exclusividad que no aceptaron. No obstante, esto actualmente cambiaría ya que tiene por filosofía empresarial establecer contratos duraderos y relaciones estrechas.

El séptimo indicador, la dedicación del proveedor hacia el distribuidor: en este caso sería afirmativo debido a Mercadona –*ut supra*– exige contratos de exclusividad a sus proveedores y de ahí que la empresa deba centrar toda su actividad en su relación con Mercadona. Este fue el motivo por el cual muchos proveedores, entre los que están los entrevistados, cesaron la relación: la exigencia de exclusividad. Existen, sin embargo, algunos proveedores que no están obligados de manera exclusiva como Rianxeira, Casa tarradellas, Damm y Pescanova, pero claro es que son casos puntuales consecuencia de su tamaño y relevancia en su sector determinado. De esta manera, en la mayoría de casos debe escoger entre fabricar íntegramente para el distribuidor o no, por lo que su dedicación es plena.

El octavo indicador, la gravosidad de la alternativa: en este caso sería afirmativo pues como hemos explicado la empresa pierde un volumen espectacular de ventas que debe ser reconducido y consecuentemente sería muy complicado encontrar alternativas equivalentes. De ahí, que muchas empresas en el desenganche de Mercadona pierdan gran parte de sus ingresos, se vean abocadas a reducir personal. Concretamente nuestros entrevistados tienen opiniones diversas: uno asegura que las ventas cayeron y que fue muy complicado por el volumen que se había perdido habiendo de adoptar medidas de restructuración, aunque con los años se han ido recuperando. En cambio, el otro declara que, aunque el desenganche fuese paulatino en un período de 3 años, incluso al cesar la relación con Mercadona, inmediatamente sus competidores directos empezaron a comprar y también se internacionalizaron por lo que se incrementaron las ventas. En ambos casos, tenemos que afirmar que se trata de empresas pertenecientes a grandes grupos que tenían capacidad financiera, y, aun así, una de ellas sufrió graves consecuencias económicas.

Con todo lo anterior, hay que recalcar que todos los indicios debían valorarse de manera conjunta y no aislada, pues uno de ellos no era determinante de la situación de dependencia. Y también la necesidad de atender al caso concreto con todas sus circunstancias.

Siguiendo estas pautas, tenemos que afirmar que previsiblemente las empresas que contraten con Mercadona se situaran, en general, en una situación de dependencia económica por todos los motivos explicados.

Por lo que debemos rechazar la relevancia de que la duración comercial pudiera ser corta con los proveedores –aunque actualmente no lo sería al exigir un largo plazo– porque es indiferente que la relación dure 2 o 10 años si la empresa proveedora debe hacer unas inversiones descomunales y establecer relaciones de exclusividad lo que supone una dedicación plena de tu actividad, así como que la totalidad de las ventas dependa de ésta. Con lo cual, cualquier cesación de las relaciones sería totalmente gravosa porque no encontraría en todo el mercado otras alternativas que le permitieran vender el volumen equivalente a Mercadona.

En consonancia, también debemos negar la relevancia del tamaño de la empresa pues como se ha constatado uno de los proveedores entrevistados –que era una empresa grande– tuvo igualmente problemas económicos, por el gran volumen de ventas que perdió. Además, Mercadona, también establece relaciones comerciales con muchas PYMES por lo que el criterio no sería determinante.

No obstante, satisfecho el primer elemento debemos averiguar a continuación si realmente se efectúa una explotación de dicha dependencia económica.

3.3. *Explotación de la situación*

Para culminar el tipo debería darse un abuso de la situación de dependencia económica, ésta se derivaría de determinadas conductas que podríamos enmarcar en: la negativa a establecer relaciones comerciales, la discriminación, la obstaculización mediata y la discriminación pasiva, siempre que no fueran objetivamente justificables y proporcionadas.

En consonancia, atendiendo a las posibles conductas de Mercadona, los proveedores han remarcado su impecable política negando presiones en forma de amenaza, la inexistencia de modificaciones retroactivas de las cláusulas contractuales, y afirmando la estabilidad de precios que habían pactado en el contrato y la claridad de las cláusulas contractuales estipuladas. Con lo cual, han rechazado de manera unánime determinadas prácticas que podrían considerarse abusivas. Ambas han ratificado que, en su caso –como en la mayoría– la ruptura contractual se debió a la exigencia de exclusividad en el contrato, pero que fue totalmente pactado.

Por lo que, vista de esta ruptura, se podría considerar la aplicación del artículo 16.3 a) pero también se ha dejado constancia que Mercadona prevé una disminución paulatina de la empresa de 3 años para permitir ambas partes reestructurar su situación, tal y como ha confirmado un entrevistado. Por lo que sería improbable que sucediese.

Asimismo, debemos recalcar que Mercadona forma parte de la “Iniciativa de la Cadena de Suministro” protagonizada por la Comisión lo que supone que tiene un compromiso para salvaguardar la equidad y la transparencia entre las relaciones de los operadores a lo largo de la cadena alimentaria. No se trata solo de una obligación formal, sino que existen unos requisitos que fueron comprobados para finalmente poder acceder a este proyecto. Por todo esto, Mercadona en principio cumple con las pautas para erradicar las prácticas comerciales desleales y sería difícil probar su abuso.

Pero es que incluso, tal y como hemos constatado en la jurisprudencia, habiendo una conducta hipotéticamente abusiva –que podría haberla– sería prácticamente imposible que ningún juzgador la apreciara, ya que son residuales en la práctica y muy evidentes los casos en los que se ha aceptado la conducta abusiva. Mientras: la gran mayoría se han rechazado por estar justificados y ser proporcionales. De esta manera, los criterios para aceptar la justificación de la empresa con poder relativo son muy laxos pues se ha dejado constancia que las justificaciones son generales e imprecisas. Por ese motivo, a Mercadona nada le resultaría más fácil que justificar su conducta abusiva por motivos empresariales como: de reducción de costes, reestructuración, cambio de política comercial o cualquier u otro que considerase pertinente.

Pese a todo, existe un supuesto que sí podría producirse –y que suele ser común– en base a lo investigado y a lo comentado por los proveedores: el artículo 16.3 b) referente a las amenazas. De esta manera, si bien ambas partes han reconocido que no había amenazas por parte de Mercadona es lógico que en ningún caso de racionalidad empresarial se efectuaría en una entrevista tal afirmación. No obstante, un proveedor anónimo del programa “Fenómeno Mercadona” descubre la apropiación de la mejora de los márgenes comerciales que los interproveedores habían alcanzado mediante la optimización de los costes. De esta manera, Mercadona con su cláusula de libros abiertos efectuaba un control y revisaba los resultados imponiendo un margen concreto a la empresa, sin que ésta se pudiese beneficiar de su eficiencia total. En consonancia –pero no tan contundentes– son las declaraciones de los proveedores en las que consideran que se revisaban los márgenes comerciales cuando se conseguían mejoras en la optimización de sus gastos, apropiándose de una parte de la eficiencia, pero siempre de manera pactada. Y añade un antiguo proveedor que la búsqueda de Mercadona por el menor precio era exhaustiva utilizando la expresión de “apretar mucho”. Pues bien, estas conductas podrían en cierta manera interpretarse encasillarse como amenazas e imposiciones, pero la complejidad de su perfección reside en que la empresa interproveedor que las sufre nunca demandaría a Mercadona porque vería cesada la relación comercial. De ahí que el supuesto no se haya aplicado en casos de relaciones comerciales vigentes, y si se haya dado en cesadas. Asimismo, también requiere un problema probatorio de las amenazas efectuadas por parte de la empresa distribuidora.

En suma, debemos negar que pueda existir una explotación de la afirmada situación de dependencia: si bien existe una situación de dependencia en la mayoría de interproveedores, por todos los motivos esgrimidos sería prácticamente imposible no poder justificar una conducta abusiva debido a la casuística jurisprudencial.

VI. CONCLUSIONES

El presente estudio tenía como objetivo determinar si se materializaba el supuesto de dependencia económica recogido en el artículo 16.2 LCD de Mercadona respecto a sus interproveedores y en buena medida podemos afirmar que se ha conseguido. No obstante, no debemos reducir las conclusiones al simple supuesto final debido a que a medida que se ha ido analizando el artículo en toda su complejidad se han determinado aspectos que requieren reflexión y valoración.

- 1) En la identificación de la situación de dependencia económica es necesario analizar si existen alternativas equivalentes o no para los clientes o proveedores. En consecuencia, la jurisprudencia es unánime al considerar que la afirmación de la situación de dependencia está supeditada a la ausencia de alternativas equivalente. Pero el término concreto de “alternativas equivalentes” merece ser precisado pues consideramos que no se ha aplicado correctamente. Así pues, la jurisprudencia ha matizado que existen alternativas: cuando los clientes disponen de la posibilidad de obtener productos o servicios por otras fuentes distintas de la empresa o si los proveedores tienen la posibilidad de colocar sus productos o servicios a otras empresas. También concreta que éstas deben ser reales y efectivas, no potenciales, en el lugar y el momento considerados. Asimismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia detallan el concepto “equivalente” como razonable y suficiente. No obstante, lejos de este marco teórico-abstracto, en la mayoría de sentencias analizadas, cuando se negaba la situación de dependencia económica, si bien podía razonar la existencia de efectivas “alternativas” que disponía el sujeto potencialmente dependiente –por existir diversos actores en el mercado, no tener un contrato en exclusiva que le limitase u otros motivos– se dejaba totalmente de lado el término “equivalente”. De esta manera, consideramos a partir de nuestro estudio, que los tribunales no han valorado ni considerado que existiese una alternativa estrictamente equivalente para empresas clientes o proveedores dependientes pudiendo. De haberlo hecho podemos afirmar que los casos de determinaciones de dependencia económica hubiesen sido más numerosos. En definitiva, concluimos que se produce una elusión del concepto equivalente que va en contra del significado literal de la norma y que contribuye a acrecentar la confusión sobre el supuesto.
- 2) En base a la jurisprudencia analizada se han establecido unos indicadores que incidían en la determinación de la situación de dependencia económica. Esta clasificación de criterios se ha considerado oportuna, porque el objetivo final del estudio era la aplicación del artículo 16.2 LCD a Mercadona, no obstante, en los textos doctrinales examinados no se consideraban reglas exactas que permitiesen esa identificación, sino que se describía el proceso general y se centraba en supuestos excesivamente concretos. En cambio, durante la investigación jurisprudencial se descubrió que en muchos casos se valoraban unos aspectos concretos de la situación empresarial en el proceso de determinación de la dependencia económica. Por consiguiente, se optó por clasificarlos y de ahí facilitar el supuesto práctico. Aun así, estos criterios no son absolutos –como se ha demostrado– sino que tienen un peso relativo, debiéndose considerar en conjunto y atendiendo al caso concreto con sus respectivas circunstancias. Cabe decir que *a posteriori* hemos detectado una clasificación sustancialmente parecida que había sido efectuada recientemente por *Zabaleta Díaz*, con la que hemos podido mejorar la nuestra. Sin embargo, es necesario dejar claro que no se corresponde en su integridad pues se han añadido más indicadores y con el respaldo de diferente jurisprudencia. Con lo cual, los 8 criterios que permiten advertir la situación de dependencia económica –

aplicados al caso distribuidor-proveedor– son: el volumen de negocios procedente del distribuidor, el resultado económico del proveedor dependiente, la dimensión del proveedor, el poder del distribuidor de los productos en el mercado, las inversiones específicas realizadas por el proveedor, la duración de la relación comercial entre las partes, la dedicación del proveedor hacia el distribuidor y la gravosidad de la alternativa.

- 3) El examen de la explotación abusiva –segundo elemento necesario– ha descansado, sobre todo, en indagar el significado de los conceptos de justificación y proporcionalidad de la conducta que excluyen la concurrencia del supuesto. De esta manera, para que se materialice el tipo, además de una situación de dependencia ha de producirse una conducta abusiva que sea objetivamente injustificada y desproporcional de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia. El desconcierto surge cuando al analizar la jurisprudencia con la finalidad de matizar esos conceptos, advertimos que, la admisión de la explotación de la dependencia como consecuencia de que la conducta de la empresa fuerte es injustificada y desproporcionada se materializa en un reducido número de casos. Esto sucede porque la jurisprudencia ha venido aceptando justificaciones muy generales, debiendo ser la conducta explotativa muy evidente y prácticamente irrefutable para rechazarla. A título de ejemplificarlo, se han aceptado diversas justificaciones por razones objetivas empresariales como: estrategia de reducción de costes, cambio de política comercial, reorganización y reestructuración, eficiencia, entre otros de la misma índole. Por lo que afirmamos que todas ellas son generales, indeterminadas e imprecisas pudiendo ser argumentadas por cualquier empresario en casi cualquier contexto. Por ese motivo, consideramos que es compleja la culminación del tipo en cuanto la jurisprudencia acepta la mayoría de las justificaciones –siempre que no sean irrefutables por las circunstancias del caso– lo que ayuda a entender los pocos casos en los que se declarará una situación de dependencia con la consiguiente explotación.
- 4) Centrándonos en a la hipótesis inicial del trabajo sobre Mercadona, para apreciar la perfección del supuesto, en primer lugar, es necesario constatar la existencia de dependencia económica de sus proveedores. Valorando los criterios que se han sistematizado –que son los más utilizados por la jurisprudencia– podemos afirmar que, de manera conjunta, previsiblemente, existiría una situación de dependencia económica de los proveedores. Los motivos son como hemos razonado: para empezar, el enorme volumen de negocios que representa para un proveedor concreto, porque de un lado, Mercadona generalmente exige contratos en exclusiva lo que comporta que la totalidad de la facturación sea de ella, y por otro, porque aun no exigiéndola, el porcentaje de facturación es tan elevada puesto que se trata de la primera distribuidora del mercado español y consecuentemente su tráfico de productos es mayúsculo. Con esto último, se afirma implícitamente que de cesar las relaciones habría un impacto negativo en el resultado del proveedor, como ya ha sucedido –siendo testigo un proveedor entrevistado– y que el poder de Mercadona efectivamente es muy significativo con un 23,9 % de la cuota del mercado. Seguidamente, también contribuyen a esa dependencia, las inversiones específicas realizadas por el proveedor, donde se confirma que dado lo anterior, cualquier proveedor si quiere satisfacer el volumen de ventas requerido, debe invertir en activos adecuados como afirman los antiguos interproveedores. Asimismo, se considera la dedicación al proveedor pues por su exigencia de exclusividad y gran volumen comporta que se centre la actividad para dar respuesta a sus necesidades de producto. Finalmente, el último indicador que colabora en apreciar la situación de dependencia es la gravosidad de la alternativa, pues

en esta situación es difícil encontrar una alternativa que sea suficiente para vender toda la producción, incluso gran parte de ella, debido a que como hemos explicado: para alcanzar la cuota de gasto de consumo Mercadona se deberían fusionar las siguientes 3 distribuidoras con mayor cuota del mercado español. En consciencia, solo podemos rechazar dos indicadores como son la relación de duración comercial y el tamaño de la empresa, pero que en su valoración en conjunto perderían peso relativo, siendo prácticamente indiscutible la situación de dependencia económica de los proveedores.

- 5) Finalmente, respecto a la explotación de Mercadona de la situación de dependencia económica de sus proveedores debemos constatar una negativa rotunda. Por tres motivos: en primer lugar, porque los antiguos proveedores han negado cualquier tipo de conducta abusiva de las propuestas: la existencia de modificaciones retroactivas –en concreto variaciones del precio–, amenazas e imposiciones, indeterminación de las cláusulas contractuales, así como cualquier otra. Únicamente han hecho referencia a la exigencia de exclusividad como motivo por el cual su relación no se postergó. En segundo lugar, porque Mercadona forma parte del proyecto europeo “Iniciativa de la Cadena de Suministro” lo que ratifica compromiso para luchar contra las prácticas comerciales desleales, pero no solo eso, sino que, para pertenecer a ella, se efectúan unos controles empresariales sobre las relaciones con sus proveedores evaluando si se cumplen con los principios estipulados. En su caso, Mercadona ha superado estas pruebas y forma parte de la iniciativa, por lo que sería difícil de probar cualquier práctica comercial desleal. Y, en tercer lugar, como ya se ha constatado en el punto 3 de las conclusiones: de existir una explotación sería muy improbable que el tribunal la confirmara, porque los criterios de justificación aceptados son extremadamente laxos. Por ese motivo, Mercadona podría perfectamente escudarse en un sinfín de motivos empresariales como los ya explicados sin que se llegase a afirmar el abuso. Por otro lado, antes de finalizar, hemos considerado de manera hipotética que el único supuesto que podría materializarse con éxito es el del artículo 16.3 b) referente a las amenazas. Así, pese a que los interproveedores entrevistados haya rechazado las amenazas –lógico desde el punto de vista racional-empresarial– en el programa “Fenómeno Mercadona” de Salvados, un interproveedor anónimo manifestaba la apropiación de los márgenes comerciales mejorados gracias a la eficiencia empresarial, por parte de Mercadona. Con lo cual, manifiesta que existía un control e imposición de los márgenes concretos, no sirviendo de nada la eficiencia empresarial del interproveedor pues beneficiaba a la distribuidora. Lejos de esto, pero con una cierta semejanza a nivel general, han coincidido los proveedores entrevistados al afirmar que una férrea política de reducción de costes, y uno de ellos confirma la apropiación de las mejoras de los costes optimizados, aunque pactada. Con lo cual, estas conductas podrían encasillarse como amenazas e imposiciones de no ser aceptadas cumpliendo la letra b del apartado 3 del artículo. No obstante, no se llegaría a la perfección del supuesto debido a que ningún interproveedor con una relación comercial vigente llegaría a demandar a Mercadona, limitándose a aceptar las condiciones para no ver comprometida su situación. De ahí que este supuesto solo se haya intentado aplicar una vez finalizada la relación contractual. En resumen, no se aprecia que pueda existir una explotación de la ya confirmada situación de dependencia por todos los motivos explicados anteriormente.

VII. BIBLIOGRAFIA

- BARONA VILAR, SILVIA. *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil y extrajurisdiccional). Doctrina legislación y jurisprudencia. Tomo I. Consideraciones generales y objeto del proceso civil.* Tirant lo Blanch, 2008.
- BARONA VILLAR, SILVIA. *Competencia Desleal.* Tirant Monografías, 1991.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO. *Apuntes de derecho mercantil.* Thomson Reuters, 2014.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal.* Thomson Reuters Aranzadi, 2011.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO. *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991.* Jornadas Organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992.
- BROSETA PONT, MANUEL; MARTÍNEZ SANZ, FENANDO. *Manual de Derecho mercantil. Volumen 1.* Tecnos, 2014.
- BROSETA ABOGADOS. *Competencia Desleal.* Memento Dossier, 2011.
- CACHEFEIRO GARCÍA, FERNANDO; GARCÍA PÉREZ, RAFAEL; LÓPEZ SUÁREZ, MARCOS. *Derecho de la competencia y gran distribución.* Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas.* Estrasburgo, 2014.
- COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa.* Bruselas, 2013.
- COMISIÓN EUROPEA. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas.* Bruselas, 2016
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMETENCIA. *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario,* 2010.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M. MERCÉ. *La Competencia Desleal.* Iustel, Brevarios jurídicos, 2007.
- DE FÉLIX, ESTHER. *Principales modificaciones de la Ley de Competencia Desleal.* Cuatrecases, Gonçalves Pereira.
- ESADE BRAND INSTITUTE. *Impacto económico y social de las marcas de Fabricante,* 2016
- FERNÁNDEZ DIEZ, ESTELA. *Falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal ¿Hay un futuro posible para el artículo 3 LDC?* IX Jornadas Nacionales de la Competencia, 2016.
- FONT GALÁN, JUAN IGNACIO; MIRANDA SERRANO, LUIS M^a. *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos.* Marcial Pons, 2005.
- GARCÍA PEREZ, RAFEL. *Ley de Competencia Desleal.* Thomson Aranzadi. Jurisprudencia Comentada.

INSTITUTO VALENCIANO DE INVESTIGACIONES (IVIE). *Estudio sobre Impacto Económico de Mercadona 2016*. 2016

INSITUT CERDÀ. *El valor de la innovación conjunta. Estudio Mercadona e Interproveedores 2012-2015*. 2015

MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO; PETITBÒ JUAN, AMADEO. *El abuso de la posición de dominio*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2006.

MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO. *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Tecnos, 2009.

MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, 1991.

MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. Thomson Civitas. Estudios de Derecho Mercantil, 2006.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO; ROJO FERNÁNDEZ, ANGÉL. *Lecciones de derecho mercantil*. Vol. 1. 14ª edición. Civitas Thomson Reuters (2016). Edición electrónica

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO. *La competencia desleal*. Civitas Monografías, 1988.

MERCADONA, *Memoria anual 2016*, 2016

MERCADONA, *Memoria anual 2013*, 2013

OTAMENDI, JUAN JOSÉ. *Competencia desleal. Análisis de la Ley 3/1991*. Aranzadi Editorial, 1991.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO. *Libre competencia y competencia desleal*. La Ley, 2001.

SÁNCHEZ-CALERO, FERNANDO. *Principios de derecho mercantil Tomo I*. 20ª edición. Thomson Reuters Aranzadi, 2015. Edición electrónica.

TATO PLAZA, ANXO; FENÁNDEZ CARBALLO-CALERO, PABLO; HERRERA PETRUS, CHRISTIAN. *La reforma de la ley de competencia desleal*. La ley, grupo Wolters Kluwer, 2010.

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, 2006.

VILALTA, ESTHER; MÉNDEZ, ROSA M^a. *Acciones por competencia desleal*. Acciones Civiles-LEC 2000. Bosch, 2000.

VIRGOS SORIANO, MIGUEL. *El comercio internacional en el nuevo Derecho Español de la competencia desleal*. Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, 1993.

ZABALETA DÍAZ, MARTA. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*. Marcial Pons, 2002.

SUPPLY CHAIN INITIATIVE. Web: <http://www.supplychaininitiative.eu/es>

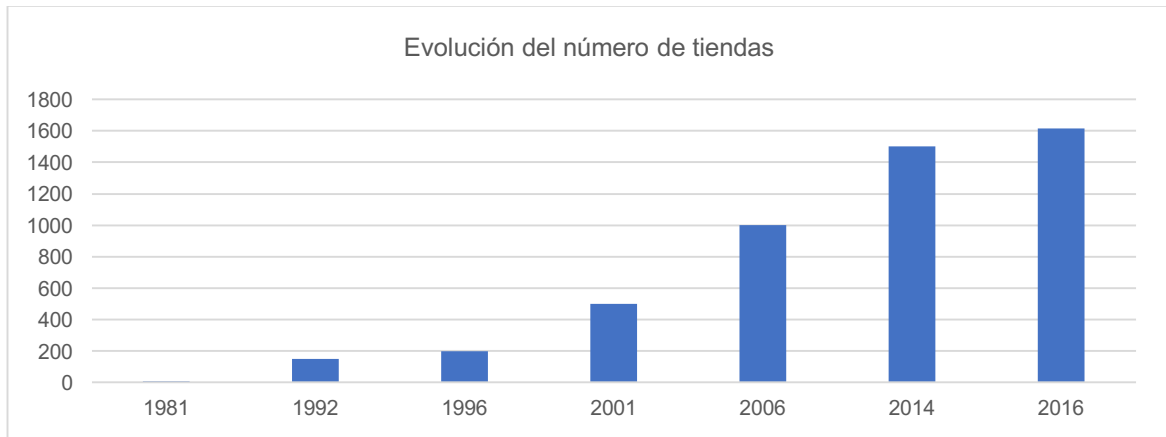
MERCADONA. Web: <https://www.mercadona.es/es/inicio>

KANTAR WORLD PANEL. Web: <https://www.kantarworldpanel.com/global>

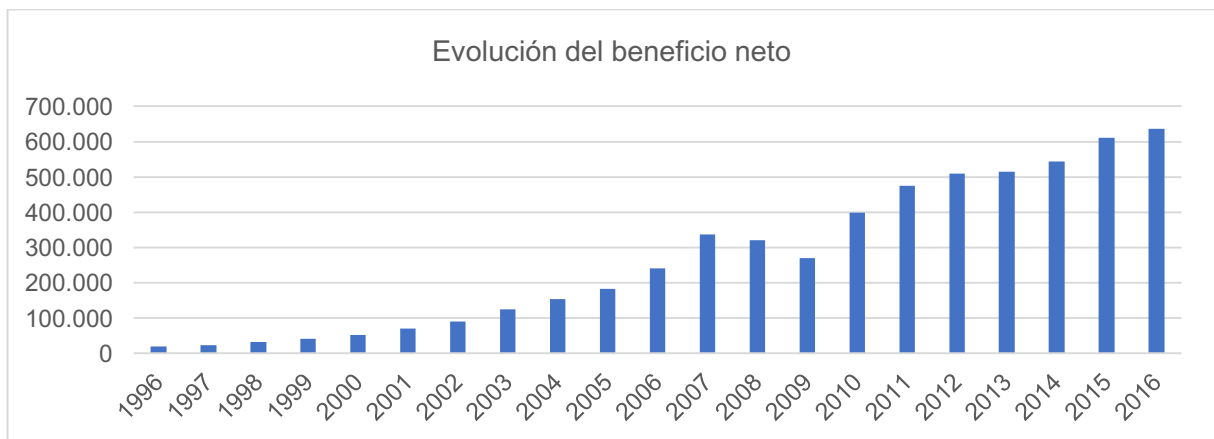
VIII. ANEXO

1. Gráficos

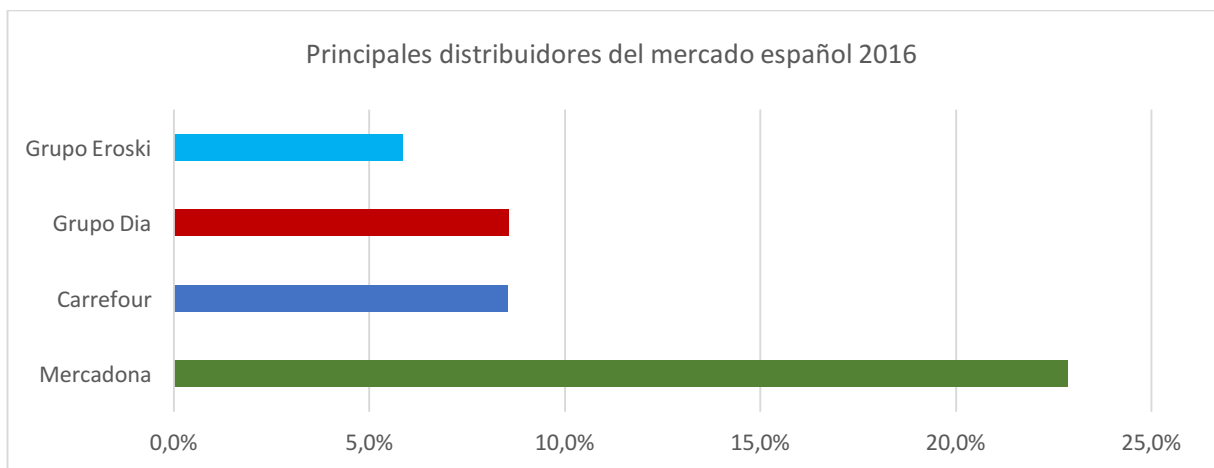
1.1. Evolución del número de tiendas de Mercadona



1.2. Evolución del beneficio neto de Mercadona



1.3. Principales distribuidores del mercado español



2. Entrevistas

PREGUNTAS ANTIGUOS INTERPROVEEDORES MERCADONA (1)⁶¹

- ¿Son una PYME? **No. Nuestro Grupo Empresarial supera los 2000 trabajadores.**
- ¿Son líderes en el mercado en el que actúan? **Si. Primer fabricante nacional de gran parte de nuestro portfolio de productos.**
- ¿Qué año empezó la relación con Mercadona? ¿Qué año terminó?
No ha terminado. Tenemos relación comercial durante más de 30 años. Sólo ha cambiado la modalidad. Ahora no somos interproveedores, pero les vendemos igualmente.
- ¿Qué porcentaje aproximado de sus ventas globales se dirigían a Mercadona?
50% cuando éramos interproveedores.
- ¿Disminuyó el nivel de sus ventas cuando cesó el contrato con Mercadona?
No. El “desenganche” se realizó de forma progresiva (más de 3 años). Los volúmenes de compras eran tan importantes, que no había instalaciones de otros proveedores disponibles para sustituirnos en poco tiempo.
- ¿Fue fácil reconducir ese volumen de ventas?
Si. En realidad, fue un revulsivo. En primer lugar, de forma inmediata, empezaron a comprarnos en mayor medida los principales competidores de Mercadona. Además, el incidente espoleó nuestra vocación internacional (en los últimos 9 años ha pasado del 2% al 18%). También nos hizo reenfocar el negocio, creando nuevas líneas estratégicas en la línea de aumentar nuestra diversificación. Por último, redundó en un mayor énfasis en la innovación de nuevos productos y procesos, así como un ajuste severo y la contención de los costes.
- ¿Cuáles son los motivos que llevaron a la ruptura contractual?
Exigencia de exclusividad.
- ¿Mercadona quiso imponer determinadas cláusulas que les eran muy desfavorables?
“Sólo” la exclusividad
- ¿Durante la relación comercial se veían obligados a aceptar las condiciones de Mercadona por el volumen que les generaba?
No
- ¿Alguna vez hubo presiones en forma de amenaza para aceptar determinados términos del contrato?
No
- ¿Había una obligación a hacer determinadas inversiones? ¿Esas inversiones eran exclusivamente para el uso de Mercadona o servían fabricar los productos que eran objeto de su negocio?

⁶¹ Existirá una confidencialidad en las respuestas que en ningún caso podrán ser inidentificados ni relacionadas con la empresa, puesto que no se hará constar el nombre y del total de respuestas los interproveedores que han contestado quedarían diluidas las manifestaciones. Asimismo, es un trabajo académico dirigido a poner de manifiesto las relaciones de los proveedores-interproveedores con los distribuidores. No es en ningún caso, un trabajo de crítica a Mercadona, sino una objetivación de la situación en la que se encuentran sus proveedores.

No. Invertimos mucho, voluntariamente, por el incremento en ventas que nos suponía trabajar para Mercadona.

- ¿Se produjeron modificaciones retroactivas de las cláusulas contractuales?

No.

- ¿Había una estabilidad en los precios que se pactaban en el contrato?

Si.

- Según el contrato que se firma con Mercadona existe una política de libros abiertos: ¿Esto implicaba que le revisaran los márgenes comerciales apropiándose de sus mejoras?

Si, con acuerdo y consenso entre las partes.

- ¿Les habían impuesto alguna cláusula contractual que luego fue más extensa de lo que habían interpretado? Es decir ¿la de "libros abiertos", habían entendido todo lo que suponía y la de "trabajar para la reducción de costes" o la de "inversión"?

No.

- ¿Quiere añadir algo más?

La relación comercial ha sido muy satisfactoria como interproveedores, y en la etapa posterior. Seguimos con excelentes relaciones actualmente.

Muchísimas gracias por el tiempo y la dedicación.

PREGUNTAS ANTIGUOS INTERPROVEEDORES MERCADONA (2)⁶²

- ¿Son una PYME? No, grupo de casi 300 millones euros
- ¿Son líderes en el mercado en el que actúan? Si, en los refrescos y cerveza.
- ¿Qué año empezó la relación con Mercadona? ¿Qué año terminó? 2006-2008. Ya no son interproveedores.
- ¿Qué porcentaje aproximado de sus ventas globales se dirigían a Mercadona? Más de 50 %
- ¿Disminuyó el nivel de sus ventas cuando cesó el contrato con Mercadona? El mismo volumen es muy difícil.
- ¿Fue fácil reconducir ese volumen de ventas? No, de hecho, fue muy difícil el volumen que habíamos perdido. Hemos recuperado
- ¿Cuáles son los motivos que llevaron a la ruptura contractual? Exclusividad que no quieres darle.
- ¿Mercadona quiso imponer determinadas cláusulas que les eran muy desfavorables? No. Exclusividad, pero el resto me nada que hubiesen hecho mal.

⁶² Existirá una confidencialidad en las respuestas que en ningún caso podrán ser inidentificados ni relacionadas con la empresa, puesto que no se hará constar el nombre y del total de respuestas los interproveedores que han contestado quedarían diluidas las manifestaciones. Asimismo, es un trabajo académico dirigido a poner de manifiesto las relaciones de los proveedores-interproveedores con los distribuidores. No es en ningún caso, un trabajo de crítica a Mercadona, sino una objetivación de la situación en la que se encuentran sus proveedores.

- ¿Durante la relación comercial se veían obligados a aceptar las condiciones de Mercadona por el volumen que les generaba? **No**
- ¿Alguna vez hubo presiones en forma de amenaza para aceptar determinados términos del contrato? **NO**
- ¿Había una obligación a hacer determinadas inversiones? ¿Esas inversiones eran exclusivamente para el uso de Mercadona o servían fabricar los productos que eran objeto de su negocio? **No hay ninguna obligación, lo que nadie está preparado para tener tanta estructura y hay que invertir mucho para todo el producto que pide Mercadona.**
- ¿Se produjeron modificaciones retroactivas de las cláusulas contractuales?
No
- ¿Había una estabilidad en los precios que se pactaban en el contrato?
Si
- Según el contrato que se firma con Mercadona existe una política de libros abiertos: ¿Esto implicaba que le revisaran los márgenes comerciales apropiándose de sus mejoras? **No, pero Mercadona apretaba mucho. Libros abiertos mejorar los dos, es decir, se miran todos los costes como se pueden optimizar. No hay. Aprieta de cojones en los costes. Quiere comprar más barato y mejora tu fabrica. A cambio tienes un volumen muy elevado. No quiere que trabajes con nadie más.**
- ¿Les habían impuesto alguna cláusula contractual que luego fue más extensa de lo que habían interpretado? Es decir ¿la de "libros abiertos", habían entendido todo lo que suponía y la de "trabajar para la reducción de costes" o la de "inversión"?
No

Muchísimas gracias por el tiempo y la dedicación.