

Mercantil

El incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: un nuevo acto de competencia desleal

En este documento se estudia el nuevo acto de competencia desleal por infracción de normas introducido en el artículo 15.4 de la Ley de Competencia Desleal por la Ley 18/2022, de creación y crecimiento de empresas.

ÁNGEL GARCÍA VIDAL

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. La tipificación de un nuevo acto de competencia desleal por infracción de normas

La Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de Creación y Crecimiento de Empresas, contiene un capítulo —el cuarto— dedicado a establecer «medidas para la lucha contra la morosidad comercial». Entre esas medidas, el artículo 13 de la Ley 18/2022 modifica la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, para introducir un nuevo supuesto específico en el artículo dedicado a los actos de competencia desleal por infracción de normas (art. 15 de la Ley de Competencia Desleal).

Como es sabido, dicho artículo 15 establece dos supuestos diferenciados de actos

desleales por infracción de normas. En primer lugar, se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes, siempre que la ventaja adquirida sea significativa (art. 15.1). Además, «tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial» (art. 15.2).

Pues bien, la Ley 18/2022 introduce un nuevo apartado cuarto en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal según el cual, «igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal el incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones

comerciales». La redacción de este nuevo precepto ha seguido de manera obvia el esquema del ya existente apartado 3 de la Ley de Competencia Desleal (introducido por la Ley Orgánica 14/2003, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social), conforme al cual, «[i]gualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería».

Hasta el reconocimiento legal explícito y separado del acto de competencia desleal por infracción reiterada de la normativa de lucha contra la morosidad, la conducta tipificada encajaría en el artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal. Pero, con la nueva tipificación del artículo 15.4 —y al igual que sucede con la contratación de extranjeros sin la oportuna autorización—, el legislador considera desleal *per se* la infracción de la correspondiente normativa, sin exigir la prueba de que el incumplimiento comporte una ventaja competitiva significativa ni que ésta haya sido aprovechada en el mercado.

2. El ámbito de aplicación del nuevo acto de competencia desleal

Para determinar el ámbito de aplicación de este nuevo acto de competencia desleal son relevantes las dos remisiones que se contienen en el seno del artículo 15.4 de la Ley de Competencia Desleal. En efecto, el precepto dispone que, para que una conducta encaje en el tipo de deslealtad, es necesario, primero, que se realice «en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal» y, segundo, que suponga un «incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales».

- El artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal establece el ámbito objetivo de aplicación de dicha ley, disponiendo lo siguiente: a) para que un comportamiento tenga la consideración de acto de competencia desleal es necesario que se realice en el mercado y con fines concurrenciales; b) «se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero», y c) la ley será aplicable «a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no».
- Por su parte, la remisión a las «normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales» ha de entenderse realizada, ante todo, a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales. Esta ley, como dispone su artículo 1, «tiene por objeto combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias y el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de los plazos de pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración», definiéndose *empresa* a los efectos de esta ley (art. 2a) como «cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional» (lo que incluye a los empresarios, a los autónomos y a los profesionales liberales).

En consecuencia, aunando el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal

con el de la Ley 3/2004, resulta que la morosidad de una empresa (en el sentido de la Ley 3/2004) frente a otra empresa podrá dar lugar al nuevo acto de competencia desleal, toda vez que se tratará de un supuesto que encaja en la normativa de lucha contra la morosidad y, a la vez, será un acto realizado en el mercado con finalidad concurrencial (en la medida en que pone en mejor situación competitiva al moroso). Pero no encajarían en el nuevo acto de competencia desleal los casos en los que el moroso sea un consumidor o usuario ni los supuestos en que lo sea una empresa frente a un consumidor o usuario ni, por supuesto, las hipótesis en que un particular que no tenga la consideración de «empresa» incurra en morosidad frente a otro particular.

3. Los elementos de la conducta desleal

Así definido el ámbito de aplicación de la nueva regulación, la conducta desleal se hace depender de la infracción de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Pero no basta cualquier tipo de infracción. Ha de tratarse de un «incumplimiento reiterado», lo que obliga a establecer cuándo se puede entender que se produce tal reiteración. Desde luego, un único incumplimiento no dará lugar a un acto de competencia desleal. Pero, con dos infracciones de la normativa contra la morosidad, en rigor, ya estamos ante un incumplimiento reiterado. Esto es, en mi opinión, lo que resulta de la interpretación literal del precepto. Téngase presente que, según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia, *reiterado* significa ‘que se hace o sucede con reiteración’, y *reiterar* es ‘volver a decir o hacer algo’. Con todo, habrá que estar atento a la lectura que hagan los tribunales al aplicar el nuevo tipo de competencia desleal, sin que quepa excluir que alguno de ellos entienda que la reiteración exige un número de incumplimientos considerable y superior a dos (con lo que se

generará entonces el problema de fijar cuál es ese número exacto).

En todo caso, existiendo varios actos de incumplimiento de la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la nueva disposición legal no exige expresamente que el acreedor sea el mismo sujeto. Podría suceder, por tanto, que una empresa fuese morosa frente a un conjunto de empresas, pero en relación únicamente con una sola operación comercial con cada una de ellas. Sin duda, habría un incumplimiento reiterado de la normativa de lucha contra la morosidad, pero no un incumplimiento frente a un mismo acreedor, extremo que la ley no exige en ningún momento. Y, siendo esto así, estaremos ante un acto de competencia desleal con un sujeto activo y con múltiples sujetos pasivos, lo que tendrá consecuencias prácticas en materia de legitimación activa para el ejercicio de las acciones civiles que reconoce la Ley de Competencia Desleal. Desde luego, en este tipo de hipótesis, cuando el actor sólo haya sufrido un incumplimiento de la normativa contra la morosidad, puede tener problemas para acreditar que concurre la reiteración en dicho incumplimiento. Pero no cabe excluir que pueda probar tal circunstancia, por ejemplo, si los demás afectados son empresas de un mismo grupo empresarial que el de la actora.

4. Las consecuencias de la tipificación del nuevo acto de competencia desleal

El principal efecto práctico que tiene el reconocimiento de este nuevo acto de competencia desleal es que las personas que sufran la morosidad reiterada de una empresa podrán entablar las acciones civiles que reconoce la Ley de Competencia Desleal.

En la medida en que la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones

comerciales excluye su aplicación a las operaciones comerciales en las que intervienen consumidores (vide art. 3.2a de la Ley 3/2004), la comisión del nuevo acto de competencia desleal no dará lugar a una práctica comercial con los consumidores ni, por ende, a la posibilidad de la que la Administración Pública competente imponga las oportunas sanciones administrativas por tales prácticas.

El listado de las acciones que pueden ejercerse contra los actos desleales está recogido en el artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal. Algunas de ellas no procederán en este tipo de actos. Es el caso de la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas y de la acción de enriquecimiento injusto, que sólo cabe cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. Pero sí tienen cabida las demás acciones:

- Procede, ante todo, la acción declarativa de deslealtad cuando ya se haya producido el incumplimiento reiterado de la normativa de lucha contra la morosidad.
- También cabe la acción de prohibición si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. Se posibilita, así, que ante el temor de que el deudor incurra en morosidad reiterada se entable la acción de prohibición de deslealtad. Aunque es verdad que, en la práctica, salvo que se solicite una medida cautelar de prohibición, el plazo para el pago probablemente expirará antes de que se dicte la sentencia que estime la acción de prohibición.
- Puede también entablarse la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. En realidad, con la acción de cese lo que se

obtiene es el cumplimiento de la normativa de lucha contra la morosidad (por ejemplo, el pago de las cantidades adeudadas). Y la acción de prohibir la reiteración implica que el juez le impone al deudor una prohibición que ya se deriva de la normativa de lucha contra la morosidad. Por lo tanto, el ejercicio de estas acciones muy poco vendría a aportar a lo que ya se deriva de dicha normativa.

- La Ley de Competencia Desleal también permite el ejercicio de la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. En estos casos, los efectos del incumplimiento de la normativa de lucha contra la morosidad se traducirán, fundamentalmente, en el retraso en los pagos y en las consecuencias negativas que comporta, lo que se reconduce a la acción de daños y perjuicios.
- En efecto, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal es otra de las acciones posibles, que sólo será viable, según preceptúa la Ley de Competencia Desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. Ciertamente, la morosidad del deudor en el cumplimiento de las obligaciones comporta para el acreedor un perjuicio que la Ley 3/2004 intenta compensar reconociéndole el derecho a una indemnización por los costes de cobro (art. 8), así como con el devengo de un interés de demora que será el pactado contractualmente por las partes o el tipo legal de interés de demora fijado por la Ley 3/2004 en su artículo 7. No obstante, los perjuicios que puede sufrir el acreedor como consecuencia de la morosidad pudieran no quedar suficientemente compensados con el devengo de dichos intereses de

demora, y más en un contexto de inflación desbocada como el actual. Y en tal caso tendría especial sentido acudir a la vía de la competencia desleal.

De todas formas, las acciones por competencia desleal deben ser entabladas ante los juzgados de lo Mercantil territorialmente competentes, mientras que las acciones derivadas del incumplimiento de la normativa de lucha contra la morosidad son competencia de los juzgados de primera instancia. No obstante, en la medida en que la infracción de la normativa contra la morosidad opera como presupuesto para la existencia del

acto de competencia desleal, es de aplicación la nueva regulación introducida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 73.1.1) por la reciente Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil, según la cual, «cuando se acumulen inicialmente varias acciones conexas cuyo conocimiento se atribuya a tribunales con diferente competencia objetiva, corresponderá conocer de todas ellas a los juzgados de lo Mercantil si éstos resultaren competentes para conocer de la principal y las demás fueren conexas o prejudiciales a ella».