

## LA EXENCIÓN LEGAL DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### La exención legal de las conductas anticompetitivas tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010: nueva interpretación del artículo 4 de la LDC

*La Ley de Defensa de Competencia no prohíbe las restricciones de la competencia que resultan de la aplicación de una norma con rango de Ley. Sin embargo, las autoridades españolas de defensa de la competencia han ido adoptado progresivamente una interpretación cada vez más restrictiva de esta excepción, exigiendo que la norma con rango de Ley imponga, y no simplemente permita, la restricción de la competencia. El Tribunal Supremo ha rectificado esta doctrina de forma sustancial.*

### The Legal Exemption of Restrictive Conducts after the Supreme Court Judgment of 6 July 2010: A New Interpretation of article 4 of the Competition Act

*The Spanish Competition Act does not prohibit restrictions of competition deriving from a Law. However, the Spanish competition authorities have progressively adopted a strict interpretation and require that the Law imposes, and not merely allows, the restriction of competition. The Supreme Court has substantially revised this doctrine.*

El artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) dispone que «*las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley*» y que «*las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal*». La dicción del precepto es aparentemente clara: las conductas empresariales que en principio resulten prohibidas por tener un objeto o un efecto anticompetitivo quedarán no obstante exentas de la prohibición —y por tanto serán lícitas— si quedan amparadas por una norma de rango legal (pero no por normas reglamentarias o en general por actuaciones administrativas). Este precepto es materialmente idéntico al artículo 2 de la antigua Ley de 1989, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 52/1999, que ha sido interpretado por diferentes precedentes administrativos y judiciales.

El presente trabajo se centra en la interpretación de los términos «*que resulten de la aplicación*» contenidos en el artículo 4 de la LDC y, en concreto, en la siguiente cuestión: ¿interviene la exención legal del artículo 4 en caso de que una norma de rango legal permita o fomente —pero no llegue a imponer— un comportamiento anticompetitivo por parte de los operadores económicos? O, por el contrario ¿resulta necesario que la Ley imponga u obligue al agente económico realizar un comportamiento restrictivo y contrario en sí mismo a alguno de los preceptos contenidos en el capítulo I de la LDC?

A continuación se expondrá sucintamente la doctrina tradicional de las autoridades españolas de defensa de la competencia, por lo general confirma-

da por la jurisdicción contencioso-administrativa; como se verá, esta doctrina ha venido sosteniendo una interpretación restrictiva de la exención legal, según la cual sólo resultaba aplicable cuando la norma con rango de Ley fuese al agente económico a incumplir la LDC, sin conferirle margen de discrecionalidad alguno. Por último, se glosará la reciente sentencia del Tribunal Supremo que revisa y corrige sustancialmente esta doctrina.

### La doctrina tradicional sobre la exención legal

La doctrina de las autoridades españolas de defensa de la competencia (el Tribunal de Defensa de la Competencia —TDC—, posteriormente reemplazado por la Comisión Nacional de la Competencia —CNC—) ha evolucionado a lo largo del tiempo. En los años noventa del pasado siglo el TDC aceptaba una interpretación amplia de la exención legal, declarando su aplicación cuando una norma con rango de Ley contemplaba un acuerdo entre operadores económicos cuyo objeto o efecto fuese la restricción de la competencia en el mercado, sin exigir por tanto que la norma legal obligase a los operadores a celebrar el acuerdo en causa. El resultado práctico de esta postura era que si una determinada figura contractual estaba expresamente prevista en una Ley, su uso por los agentes económicos no podía resultar prohibido por la LDC, que enervaba así sus efectos a través de la exención legal de su actual artículo 4. Claro ejemplo de lo anterior es la Resolución de 7 de abril de 1997 («*Seguros Empresas Transportistas*»), en la que se consideró que las modalidades de oferta de seguros previstas en la Ley del Contrato de Seguro estaban automáticamente autorizadas por ley y, por tanto, no podían

vulnerar la LDC. Como consecuencia directa de este principio, el TDC sostuvo sin dificultad que cuando una norma legal autoriza a un agente económico a realizar una conducta en el mercado ésta goza de amparo legal y no puede quedar simultáneamente prohibida por la LDC. La Resolución de 13 de julio de 1998 («*Universidad Politécnica Valencia*») suele citarse como ejemplo.

No resulta por tanto sorprendente que, a la luz de esta línea doctrinal, numerosos operadores económicos (y no pocos órganos administrativos) invocasen con frecuencia la exención legal ante las autoridades de defensa de la competencia para justificar una amplia variedad de conductas restrictivas, en la medida en que pudieran mostrar una conexión más o menos directa con alguna Ley. Lógicamente, el TDC hubo de perfilar su doctrina tradicional, exigiendo para el juego de la exención que la conducta analizada tuviese un reconocimiento directo y específico en la Ley que se invocaba. Esta línea es visible en determinadas Resoluciones (como las de 26 de noviembre de 2001 «*Centros Deportivos Almazora*» y de 19 de junio de 2002 «*Centros Deportivos Castellón*»), en las que se invocaba la Ley de Bases de Régimen Local como cobertura genérica, a efectos de la exención legal de la LDC, de actividades comerciales de los Ayuntamientos. Incidentalmente, cabe observar que el propio Tribunal Supremo ha respaldado recientemente esta línea de razonamiento, al sostener que la exención legal requiere que la restricción de la competencia encaje con total precisión en la norma legal que se invoca, sin que sea suficiente una vinculación general o indirecta (vid. STS de 23 de diciembre de 2008 «*ANFEVI y Ecodrío*»).

A partir de este punto, la doctrina del TDC en materia de exención legal se fue endureciendo de manera progresiva. El paso siguiente fue considerar que la exención legal no sólo era de interpretación estricta, sino incluso restrictiva, de manera que sólo podían quedar fuera de la LDC las conductas anticompetitivas que respondieran a una voluntad explícita del legislador. La Resolución de 20 de junio de 2003 «*Colegio Notarial de Madrid*» sienta el principio con claridad.

Nótese cómo el TDC no sólo exige que la restricción de la competencia esté expresa y explícitamente recogida en una Ley —excluyendo por tanto el amparo legal tácito o implícito—, sino que el concreto resultado anticompetitivo debe ser la «*voluntad*» del legislador, anticipando por tanto el paso final en la evolución de la doctrina: la exención

legal sólo puede intervenir cuando los operadores económicos carecen de margen de discrecionalidad alguno a la hora de realizar la conducta anticompetitiva, al verse obligados por el legislador a comportarse en el mercado de forma restrictiva. Por tanto, no será suficiente que una Ley permita a las empresas optar por una actuación restrictiva de la competencia, sino que debe obligarlas a ello sin posibilidad de elección alternativa.

Las Resoluciones más recientes asumen con naturalidad esta perspectiva. Así, la Resolución de 22 de abril de 2004 «*Derechos Propiedad Intelectual*» deja claro que la exención legal interviene en la medida en la que la Ley de Propiedad Intelectual obligaba a las entidades de gestión a llegar a un acuerdo entre ellas. En la Resolución de 17 de mayo de 2010 «*Almacenes Hierro*», el Consejo de la CNC consideró «*evidente*» que una conducta no gozaba de amparo legal a pesar de estar en línea con la Ley 3/2004. La misma posición se advierte sin dificultad en la Resolución de 8 de septiembre de 2010 «*Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras*».

### La sentencia del Tribunal Supremo

El supuesto que resuelve la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de julio de 2010 es el primero en el que el alto Tribunal afronta la interpretación de la regla del artículo 4 de la LDC. Se refiere, además, a un supuesto inequívoco de autorización legal de una conducta potencialmente restrictiva de la competencia, ya que se refiere a la norma del artículo 47 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, por la que se autorizan específicamente los pactos de suministro en exclusiva concertados entre los operadores mayoristas de GLP y los agentes a comisión integrados en sus redes de distribución, con la carga correlativa de garantizar el suministro a domicilio. Se trata, por tanto, no de la mera contemplación legal de determinada modalidad contractual en términos genéricos, sino de la específica autorización, en supuestos determinados, de pactos de no competencia.

Repsol Butano, S.A., operador dominante en el mercado de la comercialización mayorista de GLP, solicitaba una declaración negativa o, en su defecto, una autorización singular en el marco de la Ley 16/1989, para un modelo de contrato de suministro en exclusiva en régimen de comisión con sus agentes distribuidores, invocando entre otros argumentos la expresa autorización legal del acuerdo de

exclusiva por el artículo 47 de la Ley 34/1998. El TDC denegó la declaración negativa y la autorización singular solicitadas, considerando inaplicable la exención legal del artículo 4 de la LDC con base en que la autorización contenida en el artículo 47 de la Ley 34/1998 no sería suficiente, pues «la existencia de estos pactos no viene impuesta por la Ley, ya que ésta simplemente los permite». La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la sentencia impugnada en el recurso de casación del que conoce el Tribunal Supremo, confirmó la resolución del TDC.

Pues bien, la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene a rechazar de modo frontal, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia, la interpretación tradicionalmente seguida por la autoridad de competencia española sobre el alcance de la exención legal del artículo 4 LDC, cuyo soporte argumental califica expresamente de «muy débil».

Según el Tribunal Supremo «el error de la Sala de instancia, en el que coincide con el Tribunal de Defensa de la Competencia, deriva de no advertir en sus debidos términos que aquellos contratos de exclusividad gozaban, en principio, de una autorización *ex lege*».

«Precisamente porque la Ley específica del sector de hidrocarburos permitía este tipo de pactos de exclusividad (sujetos a la condición de atender el reparto domiciliario, como contrapartida), la función del órgano administrativo encargado de defender la competencia no podía traducirse —como así viene a ocurrir— en negar la premisa misma que la Ley 34/1998 ya había fijado al regular el mercado de la distribución de gases licuados del petróleo y al autorizar de modo expreso los contratos de exclusividad. En efecto, el artículo 47 de la Ley 34/1988 regulaba la comercialización al por menor de gases licuados del petróleo envasados autorizando de modo condicionado los pactos de suministro en exclusiva de dichos gases, pactos que podían celebrar entre sí los operadores y comercializadores que operasen como agentes a comisión integrados en sus redes de distribución».

«Pues bien, si la Ley 34/1988 autorizaba de modo expreso y general, bajo la condición ya expuesta, este tipo de pactos de exclusividad, la Administración del Estado sujeta al cumplimiento de la Ley (en la que se integra el Tribunal de Defensa de la Competencia) no podía oponerse a la autorización singular de uno de ellos negando las mismas razones de principio que la propia Ley ya había valorado y considerado justificadas. Y la Sala de instancia no puede por su parte, corroborar la conformidad a derecho de la decisión administrativa que así se pronuncia».

«Si la Ley misma permitía expresamente a “Repsol Butano, S.A.” establecer redes de distribución con agentes en exclusiva, sus contratos de esta naturaleza debían, en principio (a salvo la imposición de las condiciones que ya hemos reseñado), ser autorizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia. La decisión contraria de este órgano administrativo, en los términos generales y de principio en que se formuló, no resultaba conforme a Derecho y no debió ser declarada como tal por el tribunal de instancia».

Aunque la motivación de la sentencia de 6 de julio de 2010 está estrictamente ceñida al supuesto concreto que examina, cabe inferir de ella una interpretación general del artículo 4 LDC en el sentido de que cuando la conducta restrictiva de la competencia objeto de consideración —no la mera modalidad contractual en la que se incardine— esté autorizada por una norma con rango de ley no podrá entenderse prohibida por la LDC aún cuando la conducta en cuestión no venga impuesta como obligatoria siendo meramente permitida por la norma legal.

Esta interpretación parece coherente con el principio del legalidad en materia sancionadora que se deriva del artículo 25 de la Constitución Española. La interpretación tradicional de la autoridad de competencia resultaba anómala en el marco de un ordenamiento jurídico que proclama constitucionalmente como uno de sus valores superiores el de la libertad, ya que la tesis ahora rechazada por el Tribunal Supremo suponía, en términos muy simplificados, que sólo no estaba prohibido lo que fuera obligatorio.

Por lo demás, el que no pueda entenderse prohibido por la LDC un comportamiento expresamente autorizado por otra norma legal constituye a nuestro juicio una exigencia de la propia coherencia y unidad del ordenamiento jurídico. Más allá de un mero criterio de calidad técnica de la ley, dicha coherencia se integra en el contenido normativo del principio de legalidad desde la perspectiva de los requisitos de previsibilidad y accesibilidad de las normas sancionadoras proclamados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### Situación resultante y perspectivas de futuro

La doctrina de la sentencia de 6 de julio de 2010 implica, a nuestro juicio, la confirmación de que el mecanismo de la exención legal del artículo 4 LDC erige la autorización de la conducta de que se trate

por una norma legal en auténtica causa de justificación, que implica la licitud de aquella, antes bien que en una mera exclusión de culpabilidad, como parecía deducir la doctrina que, respaldando la interpretación tradicional de la autoridad de competencia, entendía que sólo en los supuestos en que el comportamiento considerado fuera obligatorio o forzoso podía entenderse que concurría la inexigibilidad de otra conducta como fundamento del no ejercicio de las potestades sancionadoras. Se configura así, respetando la letra del artículo 4, un supuesto de no prohibición de las conductas en cuestión.

Por otro lado, los términos de la doctrina establecida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo pueden considerarse estrictos, en el sentido de que no permiten una utilización expansiva o abusiva de la figura del artículo 4 LDC. El Tribunal Supremo proclama expresamente que basta con una mera autorización, no con la imposición de un comportamiento, pero lo autorizado debe ser el propio comportamiento restrictivo de la competencia en cuestión y no una mera figura contractual genérica en la que se incardinara el específico pacto o conducta restrictivos.

En el supuesto concreto objeto de la sentencia, lo relevante no es que se utilice el instrumento contractual del contrato de agencia, evidentemente autorizado por la ley, sino que la Ley del Sector de Hidrocarburos autorice específicamente el pacto de no competencia implícito en la exclusividad del suministro entre el operador y sus agentes distribuidores.

La interpretación del artículo 4 LDC que realiza el Tribunal Supremo es, por tanto, compatible con la preocupación que la doctrina había expresado como fundamento de la interpretación restrictiva de la norma legal.

Esta nueva concepción del sentido y alcance de la exención legal de determinadas conductas será relevante, a nuestro juicio, en determinados ámbitos de relaciones verticales y de cooperación horizontal entre empresas en los que la legislación sectorial pueda contemplar específicas modalidades de

acuerdos potencialmente restrictivos de la competencia que, sin embargo, se declaren autorizados con o sin sujeción a determinadas condiciones.

Un ejemplo significativo al respecto puede ser el de las Uniones Temporales de Empresas instituidas por la Ley 18/1982, de 26 de mayo. La potencial restricción de la competencia, para un ámbito determinado, inherente a esta modalidad de cooperación horizontal entre competidores, resultaría así fruto de la aplicación de una ley y no podría entenderse prohibida por la LDC, sin perjuicio de la aplicación de las medidas que se establezcan al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la referida ley.

El artículo 2 de la Ley 18/1982 ofrece un ejemplo genuino de cómo la autorización legal de una conducta en sí misma potencialmente restrictiva (en este caso el acuerdo de compartición y reparto del resultado de una determinada actividad empresarial) puede completarse con el establecimiento —en la propia ley, como ocurría con el artículo 47 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, o en otros instrumentos normativos— de medidas de control o contrapartida para que las conductas autorizadas no redunden en una restricción o perjuicio excesivos o injustificados de la libre competencia.

Estas medidas, sin embargo, no pueden a nuestro juicio consistir en la mera apreciación discrecional caso por caso por parte de la autoridad de competencia, sino que deben tener un carácter positivo y normativo, en el sentido de establecerse, como requisitos o condiciones de la autorización, directamente por la ley o por vía reglamentaria en virtud de remisión legal, como entendemos sería específicamente el caso del mencionado artículo 2 de la Ley 18/1982.

Este entendimiento puede configurar, en la situación derivada de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, un marco de mayor seguridad jurídica para las empresas en el ámbito de campos significativos de la actividad económica, tanto en relaciones de tipo vertical como de cooperación horizontal.

ALFONSO GUTIÉRREZ Y FERNANDO LORENTE\*

\* Abogados del Área de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).