

LA PROHIBICIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA Y LA VALORACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN LOS RÉGIMENES DE LIBRE COMPETENCIA EUROPEO, ESPAÑOL Y COLOMBIANO¹

*Ingrid Soraya Ortiz Baquero*²

Sumario. II. parte: LA REGULACIÓN DE LOS acuerdos restrictivos y la valoración de las CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL de la libre competencia. 1. EL IMPACTO DEL REGLAMENTO 1/2003 EN EL RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA ESPAÑOL. 2. LA LIBRE COMPETENCIA COMO EJE DE LA ECONOMÍA DE MERCADO: SU COBERTURA Y LINDEROS. 2.1. LA PROHIBICIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA: SU ALCANCE Y LÍMITES. 2.2. OTROS LÍMITES AL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DEL ART. 1 DE LA NLDC. 2.2.1. Los acuerdos exentos por ley. 2.2.2. Los acuerdos de menor importancia: La regla del minimis. 2.2.3. La doctrina de las restricciones accesorias. 2.3. EL SISTEMA DE EXENCIONES: LA DESAPARICIÓN

[♦] Este artículo fue presentado a la revista el día 3 de septiembre 2007 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 5 de diciembre de 2007, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ El presente artículo corresponde a la segunda parte de la investigación sobre “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y, en particular, la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia Europeo, Español y Colombiano”. En este artículo se aborda el tema objeto de estudio a partir de la normativa y la jurisprudencia española; sin embargo, dadas las coincidencias con el régimen comunitario y en cuanto ello resulte necesario, se remitirá al lector a las consideraciones hechas en la primera parte de este trabajo, la cual se encuentra publicada en *E-mercatoria*, volumen 6, No. 1 de 2007 [www.emercatoria.edu.co]

Es importante destacar que la primera redacción de este escrito se realizó durante el año 2006, es decir, bajo la vigencia de la Ley 16 de 1989, de 17 de julio, sin embargo, la reciente expedición de la Ley 15 de 2007, de 3 de julio, publicada en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) de 4 de julio de 2007, entiéndase Nueva Ley de Defensa de la Competencia (en adelante NLDC) que deroga la anterior, ha hecho imprescindible la introducción de modificaciones en el contenido, pero sobre todo, en la estructura misma del artículo, cuya primera versión guardaba más coherencia sistemática con la primera parte de la investigación, referente al Derecho Comunitario. Así mismo, se debe advertir que las referencias hechas a la Ley 16/1989 en la primera parte del trabajo, se encuentran derogadas o reformadas en atención a lo establecido actualmente en la NLDC.

Finalmente, toda vez que las reformas legislativas son aún muy recientes, se advierte que los comentarios hechos en este documento tienen como base fundamental los textos normativos ya publicados y las consideraciones doctrinales que en su momento se produjeron en relación con los textos del Anteproyecto y del Proyecto de Ley.

² Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial y magíster en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado de la misma Universidad. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente cursando el doctorado en Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid.

DEL RÉGIMEN DE LAS AUTORIZACIONES SINGULARES. 3. LA APLICACIÓN PRIVADA DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA: EN LA BÚSQUEDA DE UN SISTEMA MIXTO. 3.1. LA AUTORIDAD NACIONAL DE COMPETENCIA: LA CREACIÓN DE LA CNC. 3.2. LAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LA COORDINACIÓN ENTRE EL ÁMBITO NACIONAL Y EL AUTONÓMICO. 3.3. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES. 4. LAS CLAÚSULAS DE EXCLUSIVIDAD COMO ACUERDOS RESTRICTIVOS DE CARÁCTER VERTICAL. 4.1. LOS ACUERDOS VERTICALES EN EL DERECHO ESPAÑOL. 4.2. LA EXCLUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL. 4.3. LA VALORACIÓN DE LOS ACUERDOS VERTICALES Y DE LAS CLAÚSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN LAS DECISIONES DEL TDC.

II. PARTE: LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS Y LA VALORACIÓN DE LAS CLAÚSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Esta segunda parte de la investigación aborda el estudio de la norma de prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y de la valoración jurídica de las cláusulas de exclusividad en el Derecho Español.

Como quiera que desde 1986 España es miembro de la hoy denominada Unión Europea (en adelante UE), las consideraciones hechas en la primera parte de este trabajo³ son plenamente aplicables en el contexto español, cuyo derecho nacional es hoy por hoy un fiel reflejo del Derecho Comunitario -originario y derivado- de la libre competencia, el cual, por lo demás, goza de preeminencia sobre el derecho nacional, y se caracteriza por ser vinculante y directamente aplicable.

Pese a lo anterior, no debe perderse de vista que aún persiste una situación de dualidad normativa, no sólo en España, sino en todos aquellos Estados integrantes de la UE que disponen de una regulación propia-interna de libre competencia. Esta situación impone a las partes y a las autoridades el deber de determinar en cada caso concreto las normas aplicables, las autoridades competentes y los procedimientos pertinentes⁴. Así pues, es esta realidad la

³ La primera parte del trabajo fue publicada en la revist@ E-mercatoria volumen 6, No. 1 de 2007, www.emercatoria.edu.co.

⁴ Hay quienes en todo caso consideran que en la actualidad esta dualidad no tiene razón de ser, así en efecto, el profesor RICARDO ALONSO SOTO afirma sobre este punto: "(...) antes de la consolidación del mercado único resultaba coherente que el Derecho interno de la competencia prohibiera o controlara aquellas situaciones de restricción de la competencia o de abuso o reforzamiento del poder de mercado que pudieran incidir negativamente en el funcionamiento de los respectivos mercados nacionales y que el Derecho comunitario se preocupara de aquellas otras actuaciones anticompetitivas que podrían dificultar la consecución del citado objetivo o impedir o falsear la existencia de la competencia en el seno del mercado común. Sin embargo, actualmente, la cuestión se diluye sobre todo si tenemos en cuenta que, con el logro del mercado único, todas las prácticas contrarias a la competencia sea cuál sea el alcance

que justifica nuestro empeño por abordar el estudio del tema en el ordenamiento español, a efectos de establecer sus particularidades, su alcance, sus virtudes, defectos y, desde luego, su adecuación y su coherencia con las reformas incorporadas en el Derecho Comunitario a través del Reglamento (CE) No. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 (en adelante Reglamento1/2003)⁵.

Adicionalmente, habrá de tenerse en cuenta que hasta hace muy pocos meses entre la normativa española (Ley 16 de 1989⁶) y las normas comunitarias de libre competencia (arts. 81 y 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE) modificadas por el Reglamento 1/2003), existían grandes y trascendentales diferencias -relativas entre otros aspectos, al sistema de prohibición de los acuerdos restrictivos, al régimen de las autorizaciones individuales y al conjunto de autoridades competentes- que hacían más compleja la aplicación de las normas y generaban problemas de descoordinación, desigualdad e incluso de incoherencia, que al final terminaban por traducirse en una mayor carga para las autoridades y en una situación de inseguridad jurídica para los operadores económicos.

Si bien el proceso de reforma a la legislación española de libre competencia o de defensa de la competencia, consolidado a través de la expedición de Ley 15 de 2007, de 3 de julio, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de 4 de julio de 2007, entiéndase Nueva Ley de Defensa de la Competencia (en adelante NLDC)⁷, eliminó las diferencias mencionadas y armonizó la legislación nacional con la comunitaria, aún es incierto, dada la novedad de la ley, el alcance real y el impacto que tendrán las nuevas disposiciones sobre los distintos operadores y autoridades competentes.

En este orden de ideas, para abordar el estudio de la prohibición de los acuerdos restrictivos -en general- y de las cláusulas de exclusividad -en especial-, será necesario referirnos a las normas comunitarias (dicha mención se hará en remisión a la primera parte del trabajo), a la Ley 16/1989, al Anteproyecto y el Proyecto de reforma en cuanto resulte pertinente y, desde luego, al texto definitivo de la NLDC. En muchos aspectos será necesario describir el régimen de la Ley 16/1989 a fin de contrastar sus disposiciones (hoy derogadas) con la regulación contenida en la actual NLDC y la finalidad adicional de poner énfasis en los vacíos o los problemas sustanciales y procesales que tras la reforma han perdurado.

Así las cosas, el esquema de trabajo seguirá en términos generales los mismos puntos que fueron abordados en relación con el Derecho Comunitario; así, partiendo de una descripción general del régimen de libre competencia y pasando por el tratamiento legal de los acuerdos restrictivos y en particular de las restricciones de tipo vertical, se abordará el tema de las cláusulas de exclusividad, su regulación en el ámbito de los contratos mercantiles y su valoración a la luz de las disposiciones de libre de libre competencia.

que tengan o el lugar donde se realicen, afectarán al comercio comunitario y, por consiguiente, se verán sometidas al Derecho Comunitario que, por lo demás, es de aplicación preferente (...). “Las relaciones entre los derecho comunitario europeo y español de la competencia”. En: *Tratado de Derecho de la Competencia*, capítulo 2, Madrid: Bosch, 2005, p. 65.

⁵ Es importante tener en cuenta que la legislación española es en muchas materias el referente de derecho comparado que utiliza el legislador y la doctrina en Colombia.

⁶ Para efectos del presente artículo nos referiremos a la Ley 16 de 1989 como LDC a fin de contrastarla con lo dispuesto en la Ley 15 de 2007 referida en este documento como NLDC.

⁷ Ley 15 de 2007, de 3 de julio, deroga la Ley 16 de 1989: “*Disposición derogatoria. 1. Por la presente Ley queda derogada la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en esta Ley*”.

Previo el desarrollo de este plan de trabajo, se impone como necesario debido a su importancia, la descripción somera de los principales aspectos de la reforma, algunos de los cuales se abordarán detalladamente cuando así lo requiera el tratamiento del tema objeto de investigación.

1. EL IMPACTO DEL REGLAMENTO 1/2003 EN EL RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA ESPAÑOL

Como ya se mencionó, el Derecho Español de la libre competencia se inspira en el Derecho Comunitario y sigue en términos generales sus mismos lineamientos y principios; éste además, debido a su naturaleza supranacional, se impone sobre aquél, tiene carácter obligatorio, es de aplicación directa, de manera que puede ser invocado por los ciudadanos tanto en sus reclamaciones ante las autoridades públicas como en sus litigios privados, estando en todo caso su interpretación y la determinación de su alcance sometida a las disposiciones normativas de la Comisión Europea y a la jurisprudencia comunitaria.

Debido a esta conexidad e interrelación entre ambos sistemas, las reformas que se adoptan en el ámbito comunitario impactan de manera directa sobre la normativa nacional, siendo más intensa su repercusión en cuanto las normas de Derecho Comunitario -derivado- tengan el rango de Reglamento, pues en estos casos, las disposiciones se imponen de forma directa a los Estados miembros y a sus ciudadanos, sin que sea necesaria la expedición de normas nacionales que incorporen o regulen el tema.

Conocido lo anterior, se comprende mejor el impacto que sobre la legislación española tuvo la reforma y la modernización de la legislación de libre competencia comunitaria (art. 81 y 82 del TCE) adoptada a través del Reglamento 1/2003. La expedición de este Reglamento significó para los distintos Estados integrantes de la UE la asunción de una obligación de reformar o adaptar (armonizar) su normativa nacional de libre competencia a las normas, principios y lineamientos comunitarios.

Así, tras la expedición del Reglamento 1/2003, se inició en España un proceso de análisis y de discusión sobre el alcance y contenido de la Ley 16/1989 y, desde luego, sobre la necesidad de modificar su texto a fin de lograr una armonización de la legislación interna con la comunitaria y de modernizar algunas disposiciones para ajustar el Derecho Español a las tendencias más modernas relativas fundamentalmente al análisis económico del derecho y a la aplicación privada de la normativa antitrust.

Básicamente, durante el proceso de reforma, las inquietudes o los puntos de debate fueron los mismos que en su momento se plantearon en el trámite de la modificación de los arts. 81 y 82 del TCE; considerando eso sí, las particularidades institucionales y procesales propias del régimen español⁸ y, por supuesto, las diferencias que separan uno y otro régimen,

⁸ Para la preparación del presente trabajo se estudiaron el anteproyecto y el proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, este último presentado el 25 de agosto de 2006 por parte del Gobierno Español y para los trámites correspondiente a las Cortes Generales.

principalmente, las relativas a las finalidades que cumplen las normas de libre competencia en uno y otro contexto⁹.

Tanto los principios y objetivos del proceso de reforma y modernización legislativa, como las recomendaciones sobre la actualización o la modificación de algunas disposiciones, fueron consignados en el documento denominado "Libro Blanco para la reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2005"¹⁰ (en adelante Libro Blanco)¹¹.

Teniendo como base los lineamientos del Libro Blanco, tanto el Anteproyecto como el Proyecto de Ley señalaron como propósito fundamental de reforma, la adaptación de las normas de libre competencia españolas a la normativa comunitaria y a las disposiciones de la Ley 1 de 2002, de 21 de febrero, *de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia* (en adelante Ley 1/2002).

Tras intensos debates legislativos, las Cortes Generales aprobaron la NLDC, por medio de la cual se introducen reformas sustanciales en los temas de acuerdos restrictivos, control de las concentraciones empresariales y ayudas públicas y, reformas procesales, relativas a la estructura institucional, la competencia de las autoridades y los procedimientos a cargo de cada una de ellas.

Nuestros comentarios en este escrito se limitarán a las modificaciones introducidas en materia de acuerdos restrictivos de la competencia y a aquellos aspectos que por trascender en esta área resultan importantes para el desarrollo del tema objeto de investigación:

Así las cosas, tenemos que la NLDC introduce las siguientes reformas:

⁹ En efecto, mientras en el contexto español, el derecho de la libre competencia además de garantizar la libre concurrencia de operadores en el mercado y la rivalidad entre ellos, es también un instrumento de política y de intervención del Estado en la economía a través del cual se promueven algunos sectores o actividades, se brinda una protección especial a otros y se estimula en general el crecimiento y desarrollo económico del país; en el ámbito comunitario, además de todas estas finalidades vistas en perspectiva de los intereses supranacionales, las normas de libre competencia cumplen funciones relativas al fortalecimiento, crecimiento y sostenibilidad del mercado común, es decir, finalidades integracionistas.

¹⁰ Libro Blanco para la reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, del 20 de enero de 2005 (en adelante Libro Blanco): "1.3 (9) *Con el fin de lograr el mejor proyecto normativo posible, se ha elaborado este Libro Blanco, que revisa el sistema español de defensa de la competencia mediante la descripción de sus condicionantes y situación actual, la valoración de sus fortalezas y debilidades y al avance de propuestas de reforma. Dentro de los condicionantes, se hace un breve análisis de los principales sistemas de defensa de la competencia en el ámbito internacional, prestando especial atención al modelo comunitario, referente al sistema español y punto de partida necesario a la hora de plantear su reforma.*"

¹¹ En el Libro Blanco se destacan los cuatro puntos fundamentales de la reforma en los siguientes términos: "(...) *la reforma del esquema institucional español debe avanzar en cuanto a eficacia, transparencia, independencia, y coherencia, sin por ello perder las principales fortalezas que se han conseguido en cuanto a seguridad jurídica, separación de instrucción y resolución, garantías del procedimiento e influencia de la defensa de la competencia en la política económica. Para ello se avanzan cuatro propuestas principales: (i) Creación de una única autoridad independiente de competencia que realice las actuales funciones del Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia. (ii) Búsqueda de mecanismos para agilizar la ejecución de las resoluciones. (iii) Reforzar la coordinación con los reguladores sectoriales. (iv) Integrar adecuadamente los planos administrativo y judicial en la defensa de la competencia.*"

1. **Elimina el sistema de prohibición a priori de los acuerdos restrictivos (regulado por el antiguo art. 1 de la Ley 16/1989) y en su lugar instaura un sistema de exención legal (art. 1 de la NLDC)**, conforme al cual, sólo se consideran prohibidos los acuerdos que estando dentro de los supuestos del art. 1.1 de la NLDC no cumplen los requisitos dispuestos en el num. 3 del mismo artículo.
2. **Elimina el mecanismo de las autorizaciones individuales o singulares y lo sustituye por un sistema de autoevaluación de las conductas restrictivas¹².**

Bajo el nuevo sistema se confiere un papel protagónico a los operadores económicos (empresas) en la aplicación de la normativa antitrust, y un rol de acción mucho más importante (investigación -sanción) a las entidades administrativas, las cuales, al perder competencia para adelantar los procedimientos de autorización singular, podrán dedicar sus recursos y esfuerzos a la persecución y la sanción de las conductas cuyos efectos anticompetitivos son realmente trascendentales en el mercado español (*hard core cartels*), así como al estudio de las concentraciones empresariales.

3. Ante la incertidumbre que puede llegar a plantear el funcionamiento del sistema de exención legal, **el art. 6 de la NLDC establece un sistema de declaración de inaplicabilidad de las prohibiciones legales** (art. 1 y 2 de la NLDC), a través del cual se pretende brindar mayor seguridad jurídica cuando así lo requiera el interés público.
4. La NLDC reconoce y regula la aplicación de la *regla de minimis* al exceptuar de la prohibición de los arts. 1, 2 y 3 los acuerdos de menor importancia, cuya identificación, según lo dispone el art. 5, se hará con base en la cuota de mercado de los operadores económicos y en atención a los demás factores que el Gobierno deberá establecer posteriormente mediante reglamento.
5. A nivel institucional, **la NLDC crea la Comisión Nacional de Competencia (en adelante CNC)** como una institución única e independiente del Gobierno, con competencias y facultades para actuar en todo el territorio español y en relación con todos los sectores económicos (art. 12)¹³. Pese a esta unidad institucional y considerando los beneficios que derivaban del sistema anterior, la NLDC mantiene la separación entre las funciones de instrucción y decisión; así, mientras las primeras se asignan a la Dirección de Competencia (art. 35), las segundas se atribuyen al Consejo de la CNC (art. 34).

¹² De conformidad con el nuevo sistema, corresponde a las partes del acuerdo (empresas) determinar si éste cumple con los requisitos de exención a la prohibición establecidos en el art. 1.3 de la NLDC, en caso afirmativo, deberá estimarse que el acuerdo es válido y podrá ejecutarse sin que en ningún caso resulte necesaria una autorización especial o particular; en caso contrario, el acuerdo se reputará ilícito, salvo que excepcionalmente goce de la inmunidad de un Reglamento de Exención por Categoría (en adelante REC), en este último caso, las partes deberán abstenerse de poner ejecución el acuerdo, so pena de imposición de las sanciones administrativas y de la declaración de nulidad y responsabilidad civil en puede obrar en su contra. Bajo este nuevo sistema la carga de la prueba de la infracción corresponde a las autoridades competentes, mientras la carga de probar la exención se asigna a las empresas.

¹³ La nueva entidad deberá desarrollar funciones de instrucción, investigación, resolución y arbitraje en los temas que se regulan en la NLDC (art. 24); igualmente, desempeñará funciones consultivas (art. 25), de promoción de la libre competencia y de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley y en las resoluciones y acuerdos que se adoptan como consecuencia de la aplicación de las normas (art. 26, 35 y 41 respectivamente).

6. **La NLDC reitera lo previsto en la Ley 1/2002, en relación con las facultades de las autoridades autonómicas y el ámbito dentro del cual éstas ejercen sus competencias (art. 13).**

Para garantizar la adecuada aplicación de la ley y evitar la duplicidad de actuaciones, la NLDC remite a la Ley 1/2002, en concreto, a la regulación sobre la coordinación de actuaciones entre la entidad nacional (hoy, CNC) y las entidades autonómicas (art. 15)¹⁴.

7. **La NLDC establece un conjunto de mecanismos a través de los cuales se coordinan las actuaciones de la CNC con el desarrollo de las funciones que en esta materia corresponden a las entidades sectoriales (art. 17).** Para estos efectos se establece, en primer lugar, el deber recíproco de las autoridades de transmitir a las otras la información sobre sus actuaciones y sobre los dictámenes no vinculantes producidos en el desarrollo de los procedimientos a su cargo; en segundo lugar, se dispone el deber de las entidades sectoriales de comunicar a la CNC las conductas presuntamente restrictivas sobre las cuales tengan conocimiento en ejercicio de sus funciones, aportando las pruebas de las cuales dispongan y el dictamen correspondiente; en tercer lugar, se establece la facultad de los reguladores sectoriales para presentar informes no vinculantes dentro de los expedientes tramitados por la presunta realización de conductas restrictivas así como en los de control de las operaciones de concentración de empresas que se susciten dentro del sector de su competencia.

8. Atendiendo lo dispuesto en el art. 6 del Reglamento 1/2003, **se establece en la disposición adicional primera de la NLDC la competencia de los jueces mercantiles para aplicar las normas nacionales de libre competencia**, como ya lo venían haciendo respecto de los arts. 81 y 82 del TCE.

Para efectos de coordinar las acciones de los jueces con las que adelantan las autoridades administrativas, la NLDC establece a cargo de aquéllos la obligación de comunicar a la CNC tanto los autos de admisión de la demanda y las sentencias relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE y los arts. 1 y 2 de la NLDC¹⁵.

En esta misma línea y con el mismo fin, el art. 16 de la NLDC establece la facultad de la CNC y de las autoridades autonómicas -en este caso sólo respecto de las normas nacionales- para intervenir dentro de los procedimientos judiciales aportando información y presentando observaciones relativas a la aplicación de las normas de libre competencia¹⁶.

¹⁴ Sobre este punto deberán atenderse la reformas introducidas a la Ley 1/2002 por la NLDC contenidas en la disposición adicional décima.

¹⁵ Esta obligación deberá ser cumplida por el secretario judicial conforme lo establecen el nuevo num. 3 del art. 212 de la LEC, el nuevo párrafo del art. 404 de la LEC y el nuevo num. 5 del art. 461 de la LEC (Ver Disposición Adicional Segunda de la NLDC). De las decisiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias se remitirá copia a la Comisión Europea e igualmente habrán de establecerse los mecanismos para comunicar estas decisiones a las entidades autonómicas.

¹⁶ Este mecanismo de cooperación ha hecho necesaria la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), por la inclusión del nuevo art. 15 bis, a través del cual se reglamenta la facultad de intervención de las autoridades administrativas, la petición de información que condiciona el ejercicio de esta facultad y la oportunidad procesal para hacerla efectiva.

Para evitar decisiones contradictorias entre las autoridades administrativas (nacional y autonómicas) y las jurisdiccionales, se prevé la suspensión de las actuaciones judiciales a la espera de decisiones definitivas (en firme) de parte de los órganos administrativos (nuevo num. 3 del art. 434 de la LEC).

9. En materia procesal, la NLDC establece plazos máximos para el trámite del procedimiento sancionador por conductas restrictivas, para el desarrollo de la primera y segunda fase de los procedimientos de control de las concentraciones así como para la adopción de la decisión del Ministro de Economía y Hacienda y del Consejo de Ministros en el trámite de este tipo de expedientes; Igualmente, señala los plazos para resolver los recursos interpuestos contra las decisiones de la Dirección de Investigación, para la admisión de medidas cautelares y para la adopción de medidas en los expedientes de vigilancia sobre el cumplimiento de obligaciones, resoluciones y acuerdos. (art. 36). En todo caso, se regula la posibilidad de suspender o ampliar los plazos establecidos y se mencionan los efectos de su trasgresión (arts. 37 y 38 respectivamente).

La NLDC incluye una norma relativa al archivo de las actuaciones por falta o pérdida de competencia u objeto y la regulación de competencias prevalentes de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1/2002 y los Reglamentos 1/2003 y 139/2004 (art. 44).

10. **La NLDC flexibiliza el sistema de terminación convencional.** Se establece la facultad de la Dirección de Investigación para formular una propuesta de terminación anticipada del proceso cuando los presuntos infractores asuman compromisos a través de los cuales resuelvan los efectos negativos que se han generado o han derivado de las conductas restrictivas. Se dispone además que el término para aceptar la formulación de compromisos va hasta antes de la presentación del informe propuesta por parte de la Dirección de Investigación al Consejo (art. 52).
11. **Se tipifican las infracciones y se les clasifica en leves, graves o muy graves** al tiempo que se precisan las sanciones que corresponden a cada una de estas categorías (arts. 62 y 63)
12. Finalmente, **se introduce en los arts. 65 y 66 de la NLDC un sistema de clemencia** similar al que existe en el sistema comunitario¹⁷, con base en el cual las empresas que brindan información que permite la práctica de diligencias de inspección o que permiten comprobar la infracción del art. 1 en relación con un cártel, pueden quedar exoneradas del pago de la multa¹⁸ o beneficiarse de la reducción de su cuantía¹⁹. Infortunadamente,

¹⁷ El tema del sistema de clemencia a nivel comunitario, se encuentra regulado en Comunicación de la Comisión del 8 de diciembre de 2006 relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. Una descripción detallada sobre el contenido de esta comunicación puede verse en GIVAJA SANZ, Ángel y CABRERA MAQUEDA, Eduardo, "Desarrollos recientes en torno al programa comunitario de clemencia y su implantación en la nueva Ley de Defensa de la Competencia, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No. 246, noviembre/diciembre, 2006, pp. 33 a 52.

¹⁸ Para poder gozar de la exención total, las empresas deben haber cooperado en forma plena, continúa y diligente durante el procedimiento, cesado en su participación en la presunta infracción, no haber revelado la información a terceros distintos a la Comisión u otras autoridades de competencia, ni haber adoptado medidas para obligar o inducir a otras empresas a infringir las normas.

la vigencia de las normas relativas al mecanismo de clemencia ha quedado condicionada al desarrollo reglamentario del procedimiento para su solicitud y tramitación²⁰.

Para concluir esta descripción y condesar su alcance, se puede afirmar que la NLDC al igual que el Reglamento 1/2003 (i) Modifica el sistema de aplicación de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y (ii) Establece un esquema institucional en el cual se conjuga la aplicación pública con la aplicación privada de las normas de libre competencia, sistema a través del cual se pretende alcanzar un mayor balance y una mayor implicación de los particulares en el control de las conductas restrictivas.

Así las cosas, veamos a continuación algunos detalles sobre el alcance del nuevo sistema de regulación de los acuerdos restrictivos de la competencia desde una esfera sustancial e institucional.

2. LA LIBRE COMPETENCIA COMO EJE DE LA ECONOMÍA DE MERCADO: SU COBERTURA Y LINDEROS

El art. 38 de la Constitución Española (en adelante CE) consagra la libertad de empresa y establece el deber de los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio²¹. Esta disposición constitucional ampara el derecho a la libre concurrencia o libre competencia dentro de los mercados y, desde luego, el ejercicio y desarrollo de otros derechos de contenido económico conexos a éste, como son el derecho de propiedad y el derecho de asociación. Todas estas disposiciones constituyen la base sobre la cual se asiente el sistema de economía de mercado imperante en España²².

Este sistema económico, afirma el profesor BERCOVITZ "(...) es el sistema más eficiente para la asignación de los recursos y, consecuentemente el que sirve mejor para el aprovechamiento de

¹⁹ Las empresas podrán beneficiarse de una reducción en la cuantía de las multas cuya imposición fuese procedente, cuando aporten a la Comisión, elementos de prueba de la infracción que sean adicionales a aquellos de los cuales ya disponía la entidad; en este caso, podrán gozar del beneficio, incluso quienes han sido los inductores de la conducta restrictiva, siempre que cumplan los demás requisitos señalados.

²⁰ Disposición Final Tercera de la NLDC.

²¹ Constitución Española (CE) art. 38: "Artículo 38 Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

²² Exposición de Motivos Ley 16/1989: "La competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución". Preámbulo de la NLDC "El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes". Más sobre el tema en DE EIZAGUIRRE, José María. *Derecho Mercantil*, Cuarta Edición, Madrid, Edit. Thomson Civitas, 2005, pp. 323 y 324.

tales recursos y para impulsar el desarrollo económico²³; se caracteriza, entre otros aspectos, según lo señala el autor citado, por el libre acceso, la igualdad de reglas, la actuación independiente, la lucha por la clientela y la desaparición de las empresas ineficientes²⁴.

En línea con esta doctrina -que resulta ser mayoritaria entre juristas y economistas- la NLDC destaca en su preámbulo los beneficios que derivan del ejercicio de libre competencia, enfatiza la importancia de su papel como elemento de la política económica (política de oferta), y resalta su función como instrumento para "(...) promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía"²⁵

Así las cosas, a través del régimen general de defensa de la competencia o de libre competencia se intentan preservar los beneficios que derivan del adecuado funcionamiento de la economía de mercado²⁶, en concreto, prohibiendo y regulando: (i) los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 1 NLDC), (ii) el la posición dominante (art.2 NLDC), (iii) el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3 NLDC)²⁷, (iv) el control de las concentraciones económicas (arts. 7 a 10 NLDC) y (v) las ayudas públicas (art. 11 NLDC)²⁸.

El régimen legal de libre competencia español se encuentra conformado por la NLDC y todas aquellas normas que la reformen, complementen o adicione. También hace parte de este conjunto normativo, la Ley 1/2002, la cual, según se comentó anteriormente, ha conservado su vigencia tras la reforma²⁹.

Nuestros comentarios siguientes se limitan a la regulación de los acuerdos restrictivos, es decir, al art. 1 de la NLDC, veamos:

2.1. LA PROHIBIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA: SU ALCANCE Y LÍMITES

²³ BERCOVITZ, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil*, Madrid: Aranzadi, 2005, p. 290.

²⁴ Ídem.

²⁵ NLDC, Preámbulo, parte I.

²⁶ NLDC. También sobre el tema pueden consultarse DE EIZAGUIRRE, José María. Ob. Cit., p. 330. FIKENTTSCHER, Wolfgang, "Las tres funciones del control de la economía (Derecho Antimonopolio)", *Revista de Derecho Mercantil*, Nos. 172-173, (abril-agosto 1984), pp. 459 a 486. SEGURA SANCHEZ, Julio. "La política de defensa de la competencia: Objetivos, fundamentos y marco institucional", *Economías*, No. 61, (primer cuatrimestre 2006) pp. 17 y 18. DÍEZ ESTELLA, Fernando. "Los objetivos del derecho antitrust", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No. 224, (marzo-abril 2003) pp. 32 a 52.

²⁷ La NLDC suprime la figura de la explotación de la situación de dependencia económica que bajo la ley 16/1989 constituía un subtipo de abuso de posición dominante.

²⁸ Una descripción general sobre estos temas puede verse en URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, 28ª edición, Madrid: Marcial Pons, 2002, pp 137 a 144.

²⁹ Téngase en cuenta además que según lo dispone el num. 2 de la disposición derogatoria de la NLDC, algunas de las normas expedidas bajo la vigencia de la Ley 16/1989 conservarán su validez hasta tanto el Gobierno reglamente los temas a que ellas se refieren. En este orden, continuarán con vigencia en la materia: (i) El RD 1443 de 21 diciembre, *por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de concentraciones económicas* y (ii) Los arts. 2 y 3 del capítulo I, los arts. 14 y 15, apartados 1 a 4 del capítulo II y el capítulo III del RD 378/2003, de 28 de marzo, *por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia*.

A través de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia se pretende que los empresarios y demás operadores económicos actúen dentro del mercado en forma independiente y no coordinada, es decir, que su comportamiento sea resultado de una decisión autónoma y no mera consecuencia de una concertación expresa o tácita con otros empresarios³⁰; se garantiza así, la pluralidad de actuaciones, de comportamientos y de iniciativas dentro del mercado y, en consecuencia, la diversidad de ofertas y alternativas en favor del consumidor³¹.

Lo dispuesto en el art. 1 de la NLDC guarda gran similitud con el art. 81.1 del TCE. En efecto, la norma que contiene la prohibición –al igual que el art. 1 de la derogada Ley 16/1989- establece como punto de partida una prohibición abstracta y general de las conductas restrictivas la cual se complementa con un listado ejemplificativo de algunas de ellas³². El artículo 1.1 de la NLDC dispone lo siguiente:

“Artículo 1 Conductas colusorias.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. (...). Negrillas fuera de texto.

³⁰ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) de 9 de marzo de 2000, expediente 461/1999: “(...) *El principio de la independencia de comportamiento por parte de los actores principales de la trama económica interdependiente resulta decisivo para el desarrollo de una competencia dinámica y enriquecedora, en beneficio de los usuarios finales y capaz de poner en marcha proyectos, siempre arriesgados, con responsabilidad personal no coartada por voluntades ajenas*”. También BERCOVITZ, Alberto. Ob. Cit., p. 307: “*Se prohíbe con carácter general cualquier modalidad de entendimiento o de coordinación que pueda dar lugar a una eliminación o restricción de la competencia entre dos o más empresas*”.

³¹ BERCOVITZ, Alberto. Ob. Cit., p. 307.

³² Es importante señalar como en su momento lo hizo la jurisprudencia respecto del contenido del art. 1 de la Ley 16/1989, que el art. 1.1 de la NLDC comprende, al igual que el art. 81.1 del TCE, tanto la prohibición de los acuerdos horizontales como de los acuerdos verticales. Ver al respecto la Resolución del TDC de 13 de marzo de 1998, expediente 402/1997, en la cual se dispuso: “*La extensión de la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, así como la del artículo 85 del Tratado CEE, a los acuerdos verticales ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (vid. Sentencias de 25 octubre de 1983, Asunto: «AEG» "Telefunken" y de 17 septiembre de 1985, Asunto: Ford), como del Tribunal de Defensa de la Competencia (vid. Resoluciones de 23 junio de 1992, Asunto: Andreas Stihlm; 31 julio de 1996, Asunto: Venta de cosméticos en farmacias; y 12 febrero de 1997, Asunto : Fabricantes de Lencería)*”.

A diferencia del art. 81.1 del TCE, el art. 1.1 de la NLDC no menciona a “las empresas” como sujetos destinatarios de la norma, lo que permite afirmar que dicha prohibición se aplica a cualquier operador económico, tanto a los que pueden considerarse como “empresas” como a todos aquellos cuya forma de organización no pueda recibir este calificativo.

Igualmente este art. 1.1 de la NLDC a diferencia de la norma comunitaria, incluye como una de las modalidades que pueden adoptar los acuerdos anticompetitivos las denominadas “conductas conscientemente paralelas”, cuyo alcance ha sido desde siempre objeto de crítica para parte de la doctrina debido a la vaguedad e imprecisión del concepto. Aunque la doctrina española había propuesto y esperaba la eliminación de esta categoría³³, esto no ha ocurrido, por lo que habrá que seguir aplicando la doctrina del TDC relativa al alcance de esta modalidad de infracción con el fin de identificar y sancionar esta clase de comportamientos

A parte de estas pequeñas diferencias, en términos generales puede afirmarse que la disposición española coincide con la actual norma comunitaria en los elementos estructurales de la prohibición (art. 81.1 TCE), excepto desde luego en aquel que se refiere a la posible afectación del comercio entre Estados miembros, y que en el contexto español, como es obvio, se limita a la afectación de todo el mercado nacional o de una parte significativa el mismo.

Por lo tanto, la aplicación del art. 1.1 de la NLDC supone que para efectos de calificar si una conducta se encuentra prohibida o no, las autoridades competentes deberán verificar: (i) Que existe un acuerdo; (ii) Que éste tiene por objeto o como efecto restringir la competencia (afectación de la competencia); (iii) Que la afectación de la competencia tiene carácter considerable o sensible y, (iv) Que la conducta restrictiva afecta la competencia en el mercado español o una parte del mismo, siempre que a ésta no le sean aplicables las normas comunitarias.

De manera que, lo primero que deberán verificar las partes o las autoridades competentes es si se encuentran frente a una conducta o comportamiento que pueda calificarse como “acuerdo” desde la óptica de las normas de competencia. Deberán constatar que existe una pluralidad de voluntades independientes, sin que importe la forma en que se hayan manifestado, ya que podrá tratarse de un acuerdo en sentido estricto (bilateralidad), de una decisión o recomendación colectiva³⁴, de una práctica concertada o de una conducta conscientemente paralela³⁵.

³³ GALAN CORONA, Eduardo. “Prohibición de prácticas colusorias (I) visión general”. En Tratado de Derecho de la Competencia, capítulo 4, Madrid: Bosch, 2005, p. 194: *“En suma, la mención a las prácticas conscientemente paralelas resulta superflua -y perturbadora- en nuestra legislación. Es de desear que en la anunciada reforma de la LDC desaparezca del elenco del art. 1”. Ver también sobre el tema los Comentarios de la Asociación Española de Defensa de la Competencia y los realizados por Instituto de Empresa al anteproyecto de ley de defensa de la competencia”.*

³⁴ Resolución del TDC de 9 de marzo de 2000, expediente 461/1999: *“Por eso tal y como también el Tribunal ha expresado en otras ocasiones -como por ejemplo en la reciente Resolución de fecha 19 de enero del año 2000 (Expte. 453/1999, Expertos Inmobiliarios 3)- «Cuando desde asociaciones, agrupaciones o colectivos diversos se transmiten pautas de homogeneización de comportamientos, y no digamos precios y condiciones comerciales, se está vulnerando gravemente ese principio de independencia de comportamiento que resulta imprescindible para actuar con eficacia competitiva en los mercados por parte de todos y cada uno de los operadores económicos. Transmitiendo señales corporativas se intenta, y de hecho se consigue siempre, en mayor o menor medida, coartar de alguna forma la libertad personal de comportamiento económico de los agentes individuales restringiendo en*

Al igual que en el contexto comunitario y toda vez que el acuerdo supone una pluralidad de voluntades independientes, la doctrina excluye del ámbito de las normas de libre competencia los acuerdos celebrados entre empresas que hacen parte del mismo grupo económico, al considerar que en estos casos falta el elemento “independencia”, ya que por lo general, la voluntad de las empresas filiales resulta ser simplemente el reflejo de la voluntad de su matriz. Excepcionalmente se estima que estos acuerdos están sometidos a las normas de libre competencia, en concreto a su prohibición, siempre que se demuestre que la voluntad de la filial ha sido estructurada de manera autónoma y separada de la voluntad de la empresa matriz.

También se consideran excluidos del ámbito de las normas de libre competencia los verdaderos contratos de agencia, es decir, aquellos en los cuales el agente no asume ninguno de los riesgos que derivan del contrato³⁶. Si el agente asume los riesgos financieros o de mercado, se considera que el contrato no es verdaderamente de agencia y que por tanto le son aplicables

definitiva los derechos exclusivos de libre disposición sobre lo propio en que consiste la propiedad [...]. Las actuaciones concertadas y las pautas colectivas sobre el comportamiento de los agentes merman esos principios básicos de la solvencia e independencia de comportamiento necesarios para el eficaz despliegue de la competencia». También sobre el tema puede verse la Resolución del TDC de 22 de julio de 1999, expediente 436/1998. Las resoluciones del TDC pueden consultarse en [<http://www.cncompetencia.es>].

³⁵ En los casos de las prácticas concertadas y de las conductas conscientemente paralelas, la pluralidad de voluntades podrá deducirse a partir de indicios que indiquen que el comportamiento de las partes ha sido el resultado de una concertación y no consecuencia de un comportamiento autónomo e independiente por parte de los operadores económicos. Un indicio por ejemplo puede ser el aumento de precios en proporciones o porcentajes iguales o muy próximos y/o aumentos que se produzcan durante los mismos ciclos o periodos económicos.

³⁶ En relación con el contrato de agencia -al igual que en el Derecho Comunitario-, la doctrina española ha considerado que no puede hablarse de “acuerdo” toda vez que no existe como tal una pluralidad de voluntades, como quiera que el agente es un auxiliar del empresario que actúa por cuenta de éste. Sobre este tema son ilustrativas las consideraciones realizadas por el TDC en la Resolución de 1 de abril de 1998, en la cual se dispuso: “SEGUNDO.- El Tribunal ha manifestado en reiteradas ocasiones su criterio respecto de la aplicación de la LDC en relación con los contratos celebrados en régimen de comisión. Así, la Resolución de 25 junio 1990 señala que «en el ámbito del Derecho de la Competencia, los contratos de colaboración y más concretamente los de comisión, agencia y mediación, incluso en aquellos casos en que los agentes actúan como mandatarios y han suscrito pactos de exclusividad, plantean la cuestión de si pueden considerarse como acuerdos a los efectos de aplicación a los mismos de la prohibición contenida en el artículo 1.º de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. En efecto, como es sabido para que exista una práctica colusoria restrictiva de la competencia se precisa ante todo el concurso de voluntades de personas distintas y dotadas de libertad económica para decidir. Pues bien, como ha puesto de relieve este Tribunal en su Resolución de 30 marzo 1974, seguida, entre otras, por la Resolución de 24 noviembre 1988, tanto los agentes comerciales como los mediadores o comisionistas carecen de esa libertad, pues su actividad es complementaria de la del empresario para el que actúan»”. En igual sentido, pueden verse las Resoluciones del TDC de 20 de abril de 1999 y de 21 de octubre de 2002, expediente 527/2001. Además de las anteriores, se pueden consultar las decisiones del TDC adoptadas en las resoluciones de 30 de marzo de 1974 caso ROCHAS, de 25 de junio de 1990 caso FINA IBÉRICA, y de 14 de marzo de 1990 caso SAE Lubricantes, todas ellas citados por ALONSO SOTO, Ricardo. “Distribución Comercial y Derecho de la Competencia” [en línea]. Disponible en www.uam.es/mercantil. En materia doctrinal resultan interesantes las consideraciones hechas por PALAU RAMIREZ, Felipe. “El contrato de agencia deja de ser la válvula de escape del control antitrust de los acuerdos verticales (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de octubre de 2002, expediente 527/2001, Repsol Butano, S.A.”. *RGDE* [en línea], No. 3, octubre, 2002. Disponible en lustel.com.

las disposiciones de libre competencia relativas a la prohibición de los acuerdos. En estos casos, no importará la denominación o el rótulo que se haya asignado al contrato, lo relevante será determinar las funciones y los riesgos que ha asumido el agente en desarrollo de la relación contractual³⁷.

Una vez se ha determinado que estamos frente a un “acuerdo”, se debe constatar si éste tiene por objeto o como efecto restringir la competencia³⁸. Al igual que en el Derecho Comunitario, lo importante será determinar si el acuerdo tiene la aptitud para restringir la competencia y no, si sus efectos se han materializado en el mercado³⁹; así, habrán acuerdos cuyos efectos no se concretado pero que en razón de su objeto se estiman restrictivos, e igualmente, acuerdos con objeto lícito pero cuyos efectos sobre la libre competencia son nocivos y en consecuencia respecto de los cuales se aplica plenamente la prohibición⁴⁰.

Seguidamente al análisis anterior, se deberá verificar si el acuerdo afecta o puede afectar de forma sensible la competencia. Si la afectación no es considerable el acuerdo quedará por fuera del ámbito de aplicación de la prohibición. A resultados de poder comprobar la existencia del requisito de la “sensibilidad” de la afectación deberá tenerse en cuenta que además de los acuerdos cobijados por la *regla de minimis* se podrán excluir de la prohibición otros que a pesar de no cumplir los criterios para la aplicación de esta regla, carecen igualmente de aptitud para

³⁷ El problema que surge en el Derecho Español en relación con esta exención deriva de la propia Ley del Contrato de Agencia, pues en ella se dispone que el agente puede contribuir con los gastos de publicidad, acto que, según lo disponen las normas comunitarias (Directrices sobre restricciones verticales) es indicativo de que los riesgos comerciales y financieros se encuentran a cargo del agente y, en consecuencia, de que el acuerdo está sometido a la prohibición del art. 81.1 del TCE y en nuestro caso al art.1 de la NLDC. En mi parecer, la contribución a los gastos de publicidad no resulta ser un factor definitivo aunque sí importante, luego, a la hora de identificar si el agente asume los riesgos que derivan de la relación de agencia, lo recomendable será determinar en cada caso concreto qué otro tipo de riesgos y/o de gastos asume el agente en el desarrollo de sus obligaciones, para poder definir si el acuerdo queda o no cobijado por la prohibición.

³⁸ ALONSO SOTO, Ricardo. “Las relaciones entre los derecho comunitario europeo y español de la competencia”, En Tratado de Derecho de la Competencia, capítulo 2, Madrid: Bosch, 2005, p. 69: “(...) el citado elemento también denominado **cláusula de afectación del comercio**, ha pasado a ser considerado como uno de los elementos integrantes del tipo de prohibición o un requisito necesario para la aplicación de las diferentes normas. Su concurrencia determinará, en definitiva, en primer lugar, que se aplique la norma y, en segundo lugar, la norma aplicable”.

³⁹ Resolución del TDC de 1 de marzo de 2000, expediente 454/1999: “(...) La Audiencia Nacional, en sentencia de 24 de junio de 1998, se plantea, para declarar si existe infracción del artículo 1 LDC, «si una conducta es o no apta para restringir la competencia». Siguiendo dicho concepto, este Tribunal en su Resolución de 18 de febrero de 1999 (Prensa Segovia) ha declarado «que se trata de determinar si la conducta concreta objeto de análisis tiene o no aptitud para impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no haya tenido efectos prácticos sobre la misma. Si la conducta no ha tenido efectos reales sobre la competencia, pero resulta apta para vulnerarla estaría incurso en la prohibición del artículo 1 LDC. Y, por el contrario, la conducta no estará prohibida si es que carece de aptitud para afectar negativamente la competencia»”.

⁴⁰ Resolución de TDC de 30 de noviembre de 1998, expediente 389/1996: “El hecho de que determinadas cláusulas relativas a fijación de precios no hayan sido puestas en práctica no implica que no exista infracción del artículo 1.1.a) LDC. La vigente Ley de 1989, a diferencia de su precedente, la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, declara prohibidos los acuerdos con independencia de que se hayan o no realizado y, por lo tanto, el hecho de que se haya puesto en práctica la previsión contractual de fijación de precios por el fabricante no afecta a la existencia de la infracción, si bien es un dato que debe ser tenido en cuenta para modular el importe de la multa”.

restringir la competencia en forma considerable⁴¹, en otros términos, deberá tenerse en cuenta que no sólo los acuerdos de *minimis* carecen del elemento de sensibilidad en la afectación.

Finalmente, se deberá constatar que el acuerdo afecta la competencia dentro del mercado nacional o dentro de una parte de éste, siempre que dicho territorio no pueda considerarse como una parte relevante del mercado Europeo al cual resulten aplicables las normas comunitarias.

Como lo ha señalado la doctrina, la identificación del mercado relevante (geográfico y de producto) afectado por la conducta restrictiva es uno de los factores que permite definir las normas aplicables y las autoridades competentes⁴². En efecto, si se trata de un acuerdo que afecta la competencia dentro del territorio de una Comunidad Autónoma, la autoridad competente para tramitar las investigaciones sobre estas conductas será la autoridad autonómica de competencia; si la conducta afecta el territorio de varias comunidades o el mercado nacional, la autoridad competente será la CNC y, si se afecta el mercado español o una parte del mismo que puedan considerarse según sea el caso como una parte relevante del mercado Europeo, las normas aplicables serán las normas comunitarias correspondiendo la competencia a la CNC o a los jueces mercantiles.

Superada esta etapa de verificación de los supuestos estructurales de la prohibición, se deberá constatar si el acuerdo restrictivo puede eventualmente excluirse del art. 1.1 de la NLDC, por la vía de la aplicación de las diferentes doctrinas o teorías que reducen el ámbito de la prohibición, las cuales se consideran por algunos como manifestación de la aplicación de la regla de razón en el Derecho Español. Si a pesar de todo resulta que el acuerdo cae bajo la prohibición, se deberá proceder a verificar si está exento por cumplir los requisitos dispuestos en el numeral 1.3. de la NLCD o por estar amparado por un REC.

De lo anterior, resulta claro que el proceso de análisis y aplicación de la norma (art. 1.1 NLDC), es casi idéntico al que se sigue en el contexto comunitario tratándose del art. 81 del TCE.

Finalmente, hay que destacar que el art. 1.2 de la NLDC dispone como lo hacía el art. 1.2 LDC que los acuerdos que caen dentro de la prohibición se consideran nulos pleno derecho.

2.2. OTROS LÍMITES AL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DEL ART. 1 DE LA NLDC

Al igual que en el ámbito comunitario, tanto la doctrina como las autoridades españolas de competencia han venido reconociendo la existencia y la aplicación de algunas teorías o

⁴¹ Sobre la interpretación de la regla de *minimis* ver el num. 1.2.2 de la primera parte de este trabajo.

⁴² Para definir si en un caso determinado debe aplicarse el Derecho Comunitario o el Derecho Español, el profesor RAFAEL ILLESCAS considera que deben analizarse distintos factores, entre ellos, los siguientes: (i) El ámbito material de aplicación de las normas, es decir, los acuerdos o pactos que están prohibidos y los requisitos que deben cumplir estos acuerdos para quedar cobijados por el tipo de prohibición; (ii) El ámbito subjetivo de las normas o los legitimados pasivamente; (iii) **La dimensión geográfica de las conductas anticompetitivas que corresponde a la determinación del comercio o del mercado afectado por la conducta;** (iv) La magnitud económica de las conductas presuntamente anticompetitivas y (v) El campo cronológico de aplicación de las normas. "Las relaciones entre los derecho comunitario europeo y español de la competencia". En Tratado de Derecho de la Competencia, capítulo 3, Madrid: Bosch, 2005, pp. 110 a 112.

doctrinas que permiten reducir la cobertura de la prohibición contenida en el art. 1.1. de la NLDC y, en consecuencia, racionalizar el alcance de esta disposición que, como de destacó en la primera parte de este trabajo, no puede tener vocación absoluta ni general, so pena de limitar el ejercicio de la autonomía de la voluntad y más estrictamente el de la autonomía contractual.

Como las similitudes con el régimen comunitario son en este tema innumerables, centraremos nuestros comentarios en las diferencias y en las particularidades con que se aplican estas tesis en el Derecho Español.

Si bien, los mayores debates y avances se refieren a la aplicación de la teoría de los acuerdos de menor importancia *-regla de minimis-* y a la aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias *-ancillary restrictions-*, esto no significa que otras de las tesis expuestas en el primera parte del trabajo no tengan aceptación en el contexto español, entre ellas, por ejemplo, la doctrina que aboga por la exención absoluta de los acuerdos verticales⁴³. Lo que sí habrá que tener en cuenta es que el contenido y/o alcance de estas tesis puede ser menor o simplemente diferente, dadas las distintas finalidades que en uno y otro contexto (comunitario - nacional) guardan las disposiciones de libre competencia.

Por lo demás, aquellas doctrinas cuya aplicación encierra intereses o finalidades que corresponden al Derecho Comunitario, como puede ser aquella que excluye los acuerdos restrictivos que buscan o tienen como fin proteger el medio ambiente, no se consideran aún aplicables dentro del derecho interno español, dado que en la mayoría de casos su razonabilidad y utilidad se entiende en un contexto supranacional, sin que ello signifique que posteriormente no logren extenderse a los ámbitos nacional y local.

2.2.1. Los acuerdos exentos por ley

Según lo dispone el art. 4 de la NLDC la prohibición del art. 1.1 NLDC no se aplica a los acuerdos restrictivos celebrados bajo el amparo de una ley o de las disposiciones reglamentarias dictadas en aplicación de las leyes⁴⁴. Aunque en el anteproyecto se pretendió extender la exención a otros supuestos derivados del ejercicio de potestades administrativas por parte de los poderes o las empresas públicas, la propuesta no tuvo acogida y en general se conservó la redacción original del art. 2 de la Ley 16/1989, con la precisión de que la exención resulta procedente siempre que no sea contraria a la aplicación del Derecho Comunitario⁴⁵.

⁴³ También en España, alguna parte de la doctrina aboga por la inaplicación absoluta de la prohibición - art. 1 LDC- a los acuerdos de carácter vertical; otros en un sentido más contenido consideran que dicha exención no puede tener carácter general y que por tanto sólo debe aplicarse a determinadas categorías de estos acuerdos, como pueden ser las cláusulas a través de las cuales se implementa los sistema de distribución restringida. Ver al respecto ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús. "La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatista del derecho antimonopolio", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, [en línea], No. 253, noviembre. Disponible en www.indret.com.

⁴⁴ NLDC: "Artículo 4. Conductas exentas por ley.1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.2. 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".

⁴⁵ Cuando se trate de conductas a las cuales les resulten aplicables las disposiciones de Derecho Comunitario, las autoridades nacionales en atención a esta normativa, deberán inaplicar la legislación

Para la correcta aplicación de esta exención, habrá que distinguir si la actuación de la administración se realiza en ejercicio de potestades públicas, o si se trata de una actuación semejante a la que realizaría un particular dentro del mercado; en el primero de los casos y siempre que exista amparo legal, el acuerdo se entiende excluido del ámbito de la prohibición; en segundo supuesto, deberán entenderse que la administración al actuar desprovista de sus poderes ha aceptado someterse a las normas de libre competencia y, en consecuencia, a que sus actuaciones se juzguen y valoren a la luz de lo establecido en el art. 1 de la NLDC⁴⁶.

2.2.2. Los acuerdos de menor importancia: La regla del *minimis*

Además de los acuerdos exentos por ley, se encuentran fuera del ámbito de la prohibición los acuerdos de menor importancia.

La evolución en torno a esta teoría ha estado llena de debates y posturas encontradas no sólo en relación con la justificación y aplicación de la teoría dentro de la legislación española, sino además respecto de su alcance y de los criterios a partir de los cuales resulta posible definir la menor importancia de un acuerdo.

Toda vez que el derogado art. 1 de la Ley 16/1989 no establecía como requisito de la prohibición que el acuerdo tuviese una magnitud o entidad considerable, se entendía que la prohibición cobijaba todo tipo de acuerdos, incluso, aquellos de importancia mínima o muy pequeña⁴⁷. Apoyaba esta tesis, lo dispuesto en el literal d) del art. 3.2 de la LDC, de conformidad con el cual los acuerdos de menor importancia estaban prohibidos pero podían ser declarados exentos a través de la concesión de una autorización individual o singular, pues sólo si se entendía que los acuerdos de menor importancia estaban prohibidos, era posible admitir su exención.

No obstante, el tema devenía confuso si se daba una lectura al art. 1.3 de la Ley 16/1989, cuya redacción había sido modificada por la Ley de Reforma 52 de 1999, pues en esta norma sí se hacía referencia al tema de la menor importancia de los acuerdos restrictivos al señalar que: *“los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de **conductas que, por su escasa***

nacional que autoriza o ampara la conducta restrictiva y proceder a la aplicación de las normas comunitarias, todo esto, en razón de la prevalencia y la aplicación directa que a ellas corresponde.

⁴⁶ PASCUAL Y VICENTE, Julio, “Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No. 205, enero/febrero, Madrid, Edit. Einsa, 2000, pp. 13 y 14: “El art. 2 LDC taxativamente señala que las prohibiciones del artículo 1 serán de aplicación (también) a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de potestades administrativas sin amparo legal o a aquellas causadas por la actuación de entes o empresas públicas que tampoco tengan dicho amparo. (...) Esta ha sido siempre la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia, para el que el sentido de la Ley fue en todo momento que los sujetos pasivos de la prohibición del art. 1 LDC son todos los operadores económicos, entre los que ha considerado, cuando actúan como tales en el mercado y no en el exclusivo ejercicio de sus propias competencias administrativas a los ayuntamientos y a los demás entes y empresas públicas”.

⁴⁷ El hecho de que la norma comunitaria tampoco contenga una exigencia expresa sobre la magnitud del acuerdo, no ha impedido a las autoridades ni a los tribunales comunitarios desarrollar la regla de *minimis*, atendiendo fundamentalmente a criterios de orden económico. Ver al respecto Comunicación de la Comisión de 19 de mayo de 2001.

importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia". (Las negrillas son mías).

También el art. 36 BIS de la Ley 16/1989 hacía referencia al tema cuando en relación con las funciones del Servicio de Defensa de la Competencia señalaba, entre otras, las siguientes: "a) Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas por los arts. 1 y 6 que, por su escasa importancia, no afecten de manera significativa a las condiciones de competencia, b) acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas previstas en el art. 7 de esta ley cuando estime que no concurren las circunstancias previstas en dicho artículo".

Con base en lo dispuesto en los art. 1.3 y 36 BIS de la Ley 16/1989, la doctrina concluía que los acuerdos de menor importancia no se encontraban cubiertos por el art. 1 de la Ley 16/1989, es decir, que no estaban prohibidos y, que por tanto, respecto de ellos era posible que las autoridades decidiesen no iniciar las investigaciones correspondientes o sobreseer las que se encontrasen en curso.

No era claro entonces cuál era el efecto de la "escasa importancia" de un acuerdo restrictivo, es decir, si éste podía considerarse lícito y por tanto fuera del ámbito de la prohibición del art. 1 de la Ley 16/1989, si por el contrario debía considerarse prohibido o, incluso, a manera de tesis mixta, si podía admitirse su ilicitud aparejada de su inmunidad administrativa⁴⁸.

Estos matices aparentemente sin importancia, resultaban vitales al momento de definir los efectos civiles que derivaban del carácter anticompetitivo del acuerdo, pues en caso de admitirse su licitud no resultaba procedente ni la declaratoria de nulidad ni la responsabilidad civil; mientras que en caso de considerarse ilícitos tales declaraciones eran claramente procedentes.

Pero además de los efectos civiles, resultaba importante precisar si los acuerdos de menor importancia estaban o no dentro del ámbito del art. 1 de la Ley 16/1989, para definir las competencias y las obligaciones que en relación con esta clase de acuerdos tenía asignadas el SDC. En concreto, se trataba de establecer si este organismo debía abstenerse de iniciar la investigación administrativa, o si debía proceder a declarar la no relevancia de la conducta y por tanto a sobreseer las investigaciones en curso.

Así mismo, resultaba necesario definir si los acuerdos de menor importancia estaban prohibidos, pues de ello dependía que las partes pudiesen solicitar una autorización individual ante el SDC. Sólo en la medida en que se considerasen como conductas prohibidas sería procedente el trámite de un proceso administrativo de autorización.

A todo lo anterior, se sumaban los cuestionamientos sobre la incidencia o la fuerza que tenía la providencia del SDC respecto de la decisión que competía al juez civil, dicho de otra manera, si éste podía a pesar de la decisión del SDC (mediante la cual decidía no abrir o sobreseer la investigación) considerar que el acuerdo o contrato era nulo por ser restrictivo de la competencia y, si en tal caso podía además condenar en perjuicios al infractor, o, si el juez quedaba vinculado por la decisión del SDC. El mismo interrogante se planteaba bajo la hipótesis según la cual los acuerdos de menor importancia estaban prohibidos pero no eran sancionables administrativamente, el punto de debate era idéntico: La decisión por la cual el

⁴⁸ Libro Blanco nums. 122 y 123.

SDC decidía cerrar o sobreseer la investigación tenía impacto sobre la definición de las consecuencias civiles que se derivaban del acuerdo? Sería vinculante para el juez tal decisión?, podría separarse de ella?, en qué medida tendría esta facultad?

Tampoco era claro si la regla de *minimis* debía aplicarse a toda clase de acuerdos o si las restricciones especialmente graves como los acuerdos de precios o el reparto de mercados (acuerdos horizontales) o la fijación de precios de reventa o la concesión de una protección territorial de carácter absoluta (acuerdos verticales) estaban excluidos de su cobertura. Mientras este punto era y es claro en el contexto comunitario dentro del cual la “menor importancia” se define a partir de criterios cuantitativos y cualitativos a partir de los cuales se consideran excluidos de la aplicación de la regla los acuerdos especialmente restrictivos (hard core); tal claridad no existía en España, lo que incrementaba la confusión y los debates sobre el alcance y utilidad de la regla.

Igualmente, se discutía si la aplicación de la *regla de minimis* estaba determinada por la cuantía del acuerdo, la dimensión de las empresas involucradas, la naturaleza de la restricción o por varios de estos criterios considerados en forma simultánea. Aunque en el ámbito comunitario se estiman como factores relevantes tanto la cuota de mercado de las empresas como la naturaleza y el alcance especialmente restrictivo de algunos acuerdos⁴⁹, en la legislación española tales criterios no estaban ni definidos ni regulados⁵⁰.

⁴⁹ BERMEJO ZOFIO, Felipe, “Procedimiento de conductas restrictivas ante el SDC” en el libro *Tratado de Derecho de la Competencia*, capítulo 12, Madrid, Edit. Bosch, 2005, p. 861: “la escasa importancia puede referirse a la conducta en sí misma (contratos de pequeña cuantía) o a las empresas que los celebran (pequeñas empresas). Ambos criterios son distintos y no se debe excluir a ninguno de ellos. Además exige la ley que la escasa cuantía sea la causa determinante de que la conducta no afecte de manera significativa a las condiciones de competencia –hay que entender “existentes en el mercado”-. Lo que supone valorar su incidencia en un mercado que también debe definirse. Aparte de los anteriores, la ley no establece ningún otro requisito; en especial no exige que queden excluidas del tratamiento de la escasa importancia determinadas prácticas, como los acuerdos de precios. No hay prácticas exceptuadas”.

⁵⁰ En la decisión de 15 de noviembre de 1999, proferida en el caso *Casa Rurales Jalón y Zaragoza*, expediente A- 249/98, el TDC calificó el acuerdo sometido a su conocimiento como de menor importancia, teniendo en cuenta para ello criterios de naturaleza cuantitativa, pero sin considerar la naturaleza de la restricción, que para el caso era un criterio especialmente importante, pues se trataba de un acuerdo horizontal de reparto de mercados. La decisión puso de presente la necesidad de regular el tema por razones de seguridad jurídica para los operadores económicos y de claridad para las autoridades administrativas. Sobre este caso resultan pertinentes los comentarios de COSTAS COMESAÑA, Julio. “Acuerdos de reducción de capacidad de producción de menor importancia (comentario a la Resolución del TDC en el caso Cajas Rurales Jaón y Zaragoza desde la Ley 52/1999 de reforma a la ley de defensa de la competencia)”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No. 202, (agosto/ septiembre 1999), p. 85. La decisión que se comenta también se destaca por ser la primera -en 10 años de aplicación de la Ley 16/1989- a través de la cual el TDC concedió una autorización particular a un acuerdo que calificó como de menor importancia. Las consideraciones hechas por el TDC en este caso, sirvieron para apoyar la tesis según la cual los acuerdos de menor importancia si estaban prohibidos por el art. 1 de la ley 16/1989, toda vez que sólo podía ser autorizado aquello que previamente la autoridad considerase que estaba prohibido. Además de esta decisión, con anterioridad a la reforma, se destacan como antecedentes jurisprudenciales sobre el tema las sentencias de la Audiencia Nacional del 24 de junio de 1998 y la de 2 de noviembre de 1998; igualmente las resoluciones del TDC, de 18 de febrero de 1999, de 26 de mayo de 1999 y de 15 de noviembre de 1999, todas ellas citadas por PINTOS AGER, Jesús. “La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque”, *InDret Revista para el análisis del Derecho* [en línea], julio, 2001. Puede consultarse en [www.indret.com].

Tras la reforma introducida por la NLDC persisten la gran mayoría de cuestionamientos anteriormente mencionados; el avance sobre el tema se centra en lo dispuesto en el art. 5, el cual establece de manera expresa que las prohibiciones de los arts. 1 a 3 no se aplicarán a los acuerdos de escasa importancia que no afectan de manera significativa la competencia.

La norma también establece que posteriormente deberán fijarse los criterios a partir de los cuales se definirán esta clase de acuerdos, atendiendo, entre otros criterios, a la cuota de mercado⁵¹.

Finalmente, considero que la futura reglamentación del tema por parte del Gobierno no puede limitarse simplemente a trasladar o copiar los parámetros comunitarios; se requiere precisar cuál es para la economía española el mejor criterio de definición de la “menor importancia” y cuáles los efectos o consecuencias que se desprenderán de tal calificación⁵².

2.2.3. La doctrina de las restricciones accesorias

La teoría de las restricciones inmanentes o accesorias también goza de acogida por parte de la doctrina y la jurisprudencia española.

En efecto, sobre esta tesis el profesor ALFARO afirma: *“(...) un juez que aplica el Derecho Español de la competencia puede descartar la aplicación del art. 1 LDC a cualquier cláusula contenida en un contrato con causa (finalidad económico- social típica) legítima si la cláusula “encaja” razonablemente en el contrato, es decir, si sirve a los fines perseguidos por las partes en el contrato. No necesita ponderar los efectos procompetitivos y anticompetitivos de las cláusula y del acuerdo. Puede ahorrarse este trabajo (para el que, por lo demás, no está especialmente preparado) porque se trata de un negocio con un “fundamento socialmente razonable...” que no es “visiblemente contrario a los principios del ordenamiento jurídico”. Solo cuando el objeto del contrato es restringir la competencia (causa ilícita) o cuando la cláusula que tiene efectos restrictivos no encaja razonablemente en el contrato (lo que la priva de la protección que merece el propio contrato) deberá el juez calificar el contrato o a la cláusula como contrarios al art. 1 LDC”*⁵³.

El tema, al igual que en el Derecho Comunitario, no ha sido para nada pacífico. Alguna parte de la doctrina considera que la aplicación de esta tesis constituye una manifestación de la aceptación de la regla de la razón o *rule of reason* americana en el Derecho Español, concretamente establecida en el art. 1.1 de la NLDC. En este sentido, se considera como necesario que una vez verificados los elementos del tipo, las partes o las autoridades constaten si el presunto acuerdo podría excluirse de la prohibición por tener el carácter de “restricción accesoria” al acuerdo o al contrato principal al cual ha sido incorporado. Otros, han preferido

⁵¹ A la fecha de la entrega de este artículo el Gobierno Español no ha reglamentado el tema de los acuerdos de menor importancia, es de esperarse, que la legislación nacional guarde grandes similitudes con lo supuestos en la Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del art. 81 del Tratado CE.

⁵² Habrá en efecto que analizar el tamaño medio de las empresas de acuerdo a los sectores económicos, aquellos que tienen mayor desarrollo y mayor volumen de negocios interno y a nivel comunitario.

⁵³ ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús. “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatista del derecho antimonopolio”, *InDret Revista para el análisis del Derecho* [en línea], No. 253, noviembre, Barcelona, 2004, p. 23. [www.indret.com].

matizar la opinión anterior, admitiendo la aplicación de la regla Anglosajona, pero situando su fundamento en el num. 3 del art. 1 de la NLDC y, finalmente, hay quienes se han decantado por negar de manera rotunda la aplicación de la *regla de la razón* en el Derecho Español, cuyas bases y fundamentos -afirman- no se corresponde a los principios que sustentan los regímenes jurídicos de tradición continental como el español.

Como lo señale en la primera parte de este trabajo de investigación, considero que en efecto, la doctrina de las restricciones accesorias junto con las demás teorías mencionadas en el numeral 1.2.2 del capítulo I, son manifestación de una regla de la razón, cuyo contenido y rasgos propios la diferencian en su aplicación y el alcance de la regla Anglosajona.

En el terreno práctico, esta teoría se ha aplicado para admitir la legalidad de las cláusulas de no competencia que se incluyen en las operaciones de compraventa de empresas, bajo la consideración de que estas cláusulas o pactos resultan necesarios o mejor dicho, indispensables para que las partes puedan obtener la finalidad del negocio celebrado, es decir, la transferencia de la empresa y desde luego de su clientela⁵⁴.

A partir de las decisiones del TDC, cabe admitir la aplicación de esta teoría siempre que las partes del acuerdo logren demostrar que (i) Se trata de un pacto accesorio a una operación o relación principal cuyo objetivo es lícito; (ii) Que sin el acuerdo restrictivo se hace imposible o cuando menos más onerosos obtener la finalidad legítima del contrato y, (iii) Que la restricción es coherente con la finalidad negocial perseguida.

2.3. EL SISTEMA DE EXENCIONES: LA DESAPARICIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS AUTORIZACIONES SINGULARES

Junto a la prohibición general de las prácticas restrictivas (art. 1.1) y siguiendo para ello el modelo comunitario reformado tras la expedición del Reglamento 1/2003, las normas de libre competencia españolas establecen un sistema de exención con base en el cual se declara por fuera del ámbito de la prohibición todos aquellos acuerdos que cumplen las condiciones o requisitos establecidos en la NLDC (art. 1.3) o en los Reglamentos de Exención comunitarios y nacionales (arts. 1.4 y 1.5) los cuales, se presumen cumplen *ab initio*, lo dispuesto en el art. 1.3

Es, en este punto, en el cual se produce el mayor impacto de la reforma, toda vez que a partir del mismo se produce un vuelco en el sistema de interpretación y aplicación del art. 1 de la NLDC.

Veamos para mayor claridad el sistema que establecía la Ley 16/1989 y seguidamente los cambios introducidos por la NLDC.

Bajo la vigencia de LDC, el sistema de prohibición de los acuerdos restrictivos era un sistema *a priori*, conforme al cual los acuerdos que caían bajo la aplicación del art. 1 de la Ley 16/1989, se consideraban prohibidos y nulos de pleno derecho; excepcionalmente, se admitía que si el acuerdo cumplía con los requisitos del art. 3 de la Ley 16/1989 y siempre que no estuviese exceptuado por un Reglamento de Exención por Categoría, las partes pudiesen adelantar un procedimiento de autorización individual o singular con el fin de que la autoridad administrativa

⁵⁴ Resolución del TDC en el asunto *ICI Painst España S.A.*; Resolución del TDC de 15 de septiembre de 1993, expediente 50/93, *Pentaservice*.

declarase el acuerdo exento de la prohibición. Hasta tanto no se obtuviese la autorización no se podía proceder a la ejecución del convenio, lo cual suponía un retraso en el desarrollo de las actividades mercantiles de las empresas, muchas veces necesitadas de agilidad y celeridad. Así pues, la Ley 16/1989 distinguía entre el sistema de autorizaciones individuales y el de exenciones por categoría

El sistema de exención mediante **autorizaciones individuales o singulares** se encontraba previsto en los arts. 3 y 4 de la Ley 16/1989, 1.4 de la Ley 1/2002 y 5 del RD 378/2003.

El art. 3 de la Ley 16/1989, norma principal a través de cual se regulaba el tema, distinguía 2 situaciones: La autorización de acuerdos que mejoraban la producción y la comercialización de bienes y servicios o que promovían el progreso técnico o económico (art. 3.1) y la autorización de acuerdos que en situaciones económicas especiales o coyunturales y por razones de interés público se estimaban necesarios y en consecuencia autorizables (art. 3.2). La norma literalmente consagraba:

“Artículo 3. Supuestos de Autorización

1. Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, o categorías de los mismos, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

2. Asimismo se podrán autorizar, siempre y en la medida en que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público, los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, o categorías de los mismos, que:

- a) Tengan por objeto defender o promover las exportaciones, en cuanto sean compatibles con las obligaciones que resulten de los Convenios internacionales ratificados por España, o
- b) Tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta, o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente antieconómico, o
- c) Produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos, o
- d) Atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

Mientras el num. 1 citado, coincidía con los supuestos previstos en el art. 81.3 del TCE, el num. 2 de la norma se refería a circunstancias específicas o particulares cuya aplicación se restringía al contexto español.

Además de las diferencias que se desprendían de la lectura íntegra del artículo, la doctrina establecía diferencias entre estos dos numerales no sólo en cuanto a su alcance sino respecto de los fines e intereses protegidos por cada uno de ellos⁵⁵.

De la misma manera se señalaban diferencias sobre la forma y la prioridad con que debían aplicarse los citados numerales del art. 3 de la Ley 16/1989, así, a manera de ejemplo, JULIO COSTAS COMESAÑA afirmaba que primero se debía verificar si el acuerdo cumplía cualquiera de las finalidades previstas en el num. 2 del art. 3 y de ser así dar aplicación preferente a este numeral, y sólo si el acuerdo no cumplía ninguna de esas finalidades, se podía proceder a valorar si éste llenaba las exigencias establecidas en el numeral 1 del art. 3 del Ley 16/1989. Este mismo autor abogó en su momento por la eliminación del num. 2 de la norma, al considerar como suficiente e idóneo a los fines del régimen de exención la aplicación del num. 1⁵⁶.

No obstante, lo cierto era que el trámite que se adelantaba para la concesión de una autorización individual que estuviese basada en los supuestos del num. 1 era idéntico al que se seguía en caso de que los supuestos que sirvieran de base a la solicitud fuesen los del num. 2 del art. 3 de la Ley 16 de 1989 lo que en la práctica convertía en innecesaria la distinción.

Con la expedición del Reglamento 1/2003, el sistema de autorizaciones individuales entró en crisis, la implementación del sistema de exención legal eliminó el fundamento que este mecanismo tenía en el ámbito comunitario, circunstancia ésta a la cual vinieron a sumarse razones de economía y celeridad que impusieron la revisión del mismo en el contexto español.

La NLDC, armonizando el sistema español con el comunitario, establece un sistema de excepción legal, elimina el mecanismo de las autorizaciones individuales y en su lugar consagra el deber de las empresas y demás operadores económicos de autovalorar o autoevaluar sus acuerdos de conformidad con lo dispuesto en el art. 1 de la NLDC. Así mismo, elimina los supuestos de autorización a los que se refería el art. 3.2 de la Ley 16/1989.

⁵⁵ COSTAS COMESAÑA, Julio. Ob. Cit., p. 81 se afirmaba en este sentido que: *“En la cláusula general abierta del artículo 3.1. LDC, la libre competencia es el valor normativo predominante; constituye la principal guía interpretativa a seguir en el análisis del acuerdo, pues sólo es posible autorizar aquellos acuerdos que globalmente (en razón a su contenido y a la estructura competitiva del mercado en causa) resultan ser procompetitivos. Por el contrario, en la evaluación de las condiciones de autorización de los acuerdos enumerados en el artículo 3.2 LDC la libre competencia se muestra como un valor modulable por otros intereses público constitucionales igual de relevantes”*.

⁵⁶ Ídem. p. 88 *“En la peculiar estructura del artículo 5 de la LPR (Ley de Prácticas Restrictivas) (...) estos tipos antitrust de la letras a) a c) del artículo 3.2. LDC (...) tenían cierto sentido. Pero no lo tiene actualmente, pues en la vigente ley tales acuerdos colusorios configuran un bloque de supuestos de autorización autónomo respecto del artículo 3.1. LDC, sometidos a requisitos distintos y únicamente cohesionados por las circunstancias de que su autorización depende de que estén justificados en la situación económica general y el interés público. Por estas razones nos hemos pronunciado en contra de la regulación autónoma de los carteles de crisis y, por extensión, de los demás supuestos del artículo 3.2. LDC, cuya existencia se debe exclusivamente al interés del Gobierno en disponer de instrumentos jurídicos abiertos a las distintas políticas económicas que se aplican en cada momento”*. Adicionalmente, la doctrina precisaba que los Reglamentos comunitarios incorporados a la legislación española a través del RD 378/2003 se referían únicamente al num. 1 del art. 3 de la Ley 16/1989, por lo que para declarar exentos por categoría un conjunto de acuerdos con base en los criterios del num. 2 de este artículo, resultaría necesario que el Gobierno expidiese Reglamentos de Exención que atendieran al interés general y el orden público social y económico español.

Conforme al nuevo sistema de excepción legal, se considera que la prohibición contenida en el art. 1.1 de la NLDC no se aplica a los acuerdos restrictivos que cumplen los requisitos de exención establecidos en el art. 1.3 NLDC (los cuales coinciden con los supuestos que establecía el antiguo art. 3.1 de la Ley 16/1989). La norma actualmente vigente establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 1. (...)3. **La prohibición del apartado 1 no se aplicará** a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. (...)” (Negrillas fuera de texto).

Bajo este nuevo sistema, serán las partes (empresas), las encargadas de verificar si los acuerdos por ellas celebrados están o no prohibidos; para esto deberán verificar si el acuerdo está cubierto por la prohibición (num. 1 del art. 1) y a continuación si éste cumple con los requisitos de exención fijados por el num. 3 o con los establecidos por los Reglamentos de Exención comunitarios y nacionales según lo disponen los nums. 4 y 5 de la misma norma.

Si en el desarrollo del proceso de autoevaluación las partes concluyen que el acuerdo no está prohibido y por tanto es válido, podrán ejecutarlo sin necesidad de ninguna autorización adicional; si por el contrario estiman que está prohibido, se considerará ilícito y deberán abstenerse de ponerlo en funcionamiento.

Se discute actualmente, de forma intensa y vehemente, tanto a nivel comunitario como nacional, si los diferentes actores económicos se encuentran preparados para un sistema que implica una autoevaluación y autorregulación de sus conductas, cuya aplicación práctica sacrifica la seguridad jurídica que ofrecía el sistema de autorizaciones singulares, respecto del cual, por demás, existía ya una madurez y una experiencia decantada tanto de parte de los empresarios como de las autoridades de competencia⁵⁷.

⁵⁷ LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. en el documento “Comentarios de la Asociación Española de Defensa de la Competencia al anteproyecto de ley de defensa de la competencia”, antes publicado en la página web del SDC [www.dgdc.meh.es] considera acertado y necesario el cambio a un sistema de exención legal sobre este punto se indica: *“Cabe sin duda alguna calificar como de totalmente acertada la introducción de un sistema de exención legal. No sólo por los méritos intrínsecos del sistema, que es innecesario recordar, sino ante todo y sobre todo por la disfunción que producía en el quehacer y la práctica diaria de las empresas y sus asesores jurídicos la existencia de dos sistemas distintos a nivel Europeo (exención legal) y español (autorización singular). Con gran frecuencia se encuentran los operadores ante la aplicación concurrente del Derecho europeo y del Derecho español de la competencia, debido al creciente número de casos en que el comercio entre Estados miembros debe considerarse afectado. En los casos en que un acuerdo determinado resulte admisible al amparo del artículo 81.3, resulta absolutamente paradójico tener que acudir al procedimiento de autorización singular ante las autoridades españolas, suscitándose la cuestión del alcance real del artículo 3.2. del Reglamento 1/2003 según el cual la aplicación del Derecho español de la competencia*

Desde luego la operatividad del nuevo sistema plantea infinidad de dudas y preguntas, fundamentalmente en relación con la validez de la autoevaluación, los límites o principios orientadores de esa actividad y los efectos que sobre las partes y sus actividades podría tener una declaración de invalidez o ilicitud del proceso⁵⁸.

Justamente para reducir esas inquietudes y los eventuales riesgos que podría plantear el mecanismo de la autoevaluación, a nivel Europeo se han establecido pautas orientadoras de la actividad que deben seguir los particulares-empresarios en el desarrollo del procedimiento a su cargo, con el propósito tanto de reglamentarlo como de evitar eventuales arbitrariedades. Es de esperar que las autoridades competentes en la aplicación de las normas de libre competencia a nivel español, vayan decantando paulatinamente una serie de criterios orientadores del procedimiento de autoevaluación y, que en caso de ser ello necesario, dichos criterios se impongan reglamentariamente.

En todo caso, y para brindar mayor seguridad en situaciones que involucran el interés público, según lo dispone el actual art. 6 de la NLDC, se pone en funcionamiento un sistema de declaraciones de inaplicabilidad de las prohibiciones de los arts. 1 y 2 de la nueva Ley.

En el tema de las **exenciones por categoría** la situación ha sido y sigue siendo mucho más sencilla, toda vez que las normas españolas se corresponden en forma idéntica con la normativa comunitaria que regula la materia. La NLDC reconoce la validez de este mecanismo de excepción, el cual conserva su vigencia según lo disponen los num. 4 y 5 del art. 1, los cuales reconocen la importancia de los Reglamentos Comunitarios y Nacionales respectivamente.

Actualmente, las exenciones por categoría se encuentran aún reguladas por el RD 378/2003, de 28 de marzo, *que desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, en materia de exenciones por categoría, autorización singular y registro de defensa de la competencia*⁵⁹, el cual incorpora dentro de la legislación española los REC vigentes en el ámbito comunitario, así como las normas que les sustituyen o modifiquen, con lo cual resulta que, las exenciones por categoría se aplicarán a los acuerdos que afectando el mercado

no podrá resultar en la prohibición de acuerdos que reúnan las condiciones del 81.3. De esta manera, con la nueva LDC, la aplicación concurrente a un mismo acuerdo del Derecho europeo y del Derecho español no dará lugar a las obvias disfunciones que ello producía, y las empresas podrán entregarse al ejercicio de la auto-evaluación con las ventajas e inconvenientes inherentes a ello, pero al menor con la convicción de la coherencia jurídica de su actuar”.

⁵⁸ ALONSO SOTO, Ricardo. “La nueva ley de defensa de la competencia”, Madrid, 2007, de próxima publicación: *“El nuevo sistema presenta como ventaja frente al anterior su agilidad y como inconvenientes la inseguridad jurídica que genera, en primer lugar por la dificultad intrínseca de una apreciación correcta de la concurrencia de los requisitos; en segundo lugar por las posibles divergencias en la interpretación que pueden darse por la Comisión Nacional de Competencia y los Tribunales Autonómicos de Defensa de la Competencia (...); en tercer lugar por el alcance que ha de darse a la decisión de las Autoridades Nacionales y Autonómicas de Competencia; y, finalmente, por la incertidumbre que suscita en cuanto a la posibilidad de una sanción, ya que, si se parte, como regla general, de la presunción de que el operador económico, al hacer su análisis actúa siempre de buena fe, solo habrá posibilidad de sanción cuando se demuestre la existencia de mala fe y no en el caso de una apreciación equivocada”*

⁵⁹ Esta previsión sobre la actualización dinámica del tema no sólo da seguridad jurídica sino que además evita el problema de tener que expedir nuevas normas cada vez que se produzcan cambios en la regulación comunitaria.

nacional cumplen con los requisitos establecidos en cada uno de los Reglamentos Comunitarios⁶⁰.

Finalmente, hay que señalar que el RD 378/2003 conservará su vigencia sólo transitoriamente, es decir, hasta tanto el Gobierno expida la nueva normativa que deberá derogarlo y sustituirlo.

Pero, además de estas modificaciones referidas al sistema de aplicación de la prohibición de los acuerdos restrictivos, la reforma también incluye importantes modificaciones en el sistema institucional de aplicación de las normas de libre competencia, a la cual haremos referencia seguidamente.

3. LA APLICACIÓN PRIVADA DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA: EN LA BÚSQUEDA DE UN SISTEMA MIXTO

La otra arista importante de la reforma derivada de la expedición de la NLDC, se refiere al proceso de privatización o judicialización de la aplicación de las normas de libre competencia.

Bajo la aplicación de la Ley 16/1989, la necesidad de definir las normas aplicables a un caso concreto y partir de ellas las autoridades competentes y los procedimientos a seguir, era una labor bastante dispendiosa, en razón, fundamentalmente, de las diferencias existentes entre el régimen comunitario y el régimen nacional, referidas en concreto a la aplicación judicial de una y otra normativa por parte de los jueces españoles.

Para ese momento, las partes involucradas y las autoridades debían identificar y distinguir si la normativa aplicable a un caso determinado era la comunitaria o la española, pues de este análisis dependía la competencia y los procedimientos que en adelante deberían seguirse. Si resultaba que las normas de libre competencia pertinentes al caso eran las comunitarias (art. 81 y 82 TCE), la competencia de su aplicación podía corresponder a la Comisión Europea, a la autoridad nacional de competencia (para ese momento de carácter dual, pues estaba conformado por el SDC y por el TDC) o a los jueces nacionales⁶¹. Si lo que ocurría era que debían aplicarse las normas nacionales españolas (art. 1, 6 y 7 de la Ley 16 de 1989), sólo estaban legitimadas para su aplicación el SDC, el TDC y las autoridades de competencia de carácter autonómico (Tribunales de Defensa de la Competencia Autonómicos)⁶².

Así pues, mientras los jueces nacionales podían aplicar el Derecho Comunitario no podían hacer lo mismo en relación con las normas españolas de libre competencia; por su parte, las autoridades de competencia autonómicas podían aplicar el Derecho Español pero no el Derecho Comunitario.

⁶⁰ Art. 2 del RD 378/2003. Así las cosas, están exentos de la aplicación de la prohibición, los acuerdos verticales que cumplen las exigencias establecidas en los Reglamentos 2790/1999 y 1400/2002; los acuerdos de transferencia de tecnología que cumplen las disposiciones del Reglamento No. 240/1996 (actualmente sustituido por el Reglamento No. 772/2004), los acuerdos de especialización siempre que cumplan los requisitos del Reglamento No. 2658/2000, los acuerdos de investigación y desarrollo que cumplan lo establecido en el Reglamento No. 2659/2000 y los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector seguros que cumplan lo previsto en el Reglamento (CE) No. 358/2003.

⁶¹ Arts. 5 y 6 del Reglamento 1/2003 y RD 2295/2004, de 10 diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia.

⁶² La Ley 16/1989, Ley 1/2002 y el RD 378/2003.

Veamos en detalle cómo ha venido evolucionando el panorama de las autoridades competentes y los procedimientos su cargo y el impacto que el ámbito institucional tuvo el Reglamento 1/2003:

3.1. LA AUTORIDAD NACIONAL DE COMPETENCIA: LA CREACIÓN DE LA CNC

Desde su creación, el sistema o modelo español de defensa de la competencia ha tenido carácter administrativo, es decir, que ha sido un sistema en el cual se ha confiado a las autoridades administrativas la responsabilidad de investigar y sancionar las conductas restrictivas⁶³.

Pero además del carácter administrativo, el modelo de defensa de la competencia español también ha sido calificado como un sistema de aplicación horizontal, de conformidad con el cual las disposiciones contenidas en la derogada Ley 16/1989 y actualmente en la NLDC -así como todas aquellas que las reformen o complementen- se entienden aplicables a todos los sectores y operadores económicos, correspondiendo a los reguladores sectoriales funciones de simple colaboración e información⁶⁴.

Antes de la expedición de la NLDC, **en el ámbito nacional**, el sistema de aplicación de las normas de libre competencia tenía carácter dual, así, por una parte, las funciones de instrucción, investigación y sustanciación en materia de prácticas restrictivas correspondían al SDC y, de otra, las funciones de resolución y sanción al TDC, ambas, autoridades tenían carácter administrativo.

Por su parte, **en el ámbito autonómico** -según se comentará más adelante- la aplicación de esta normativa también estaba y sigue estando asignada a entidades de naturaleza administrativa cuyas competencias se encuentran definidas en la Ley 1/2002.

En el ámbito sectorial, las dos principales instituciones con atribuciones en asuntos de libre competencia, esto es, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones⁶⁵ y la Comisión Nacional de Energía⁶⁶, tenían y tienen dentro de sus funciones las de comunicar a los órganos

⁶³ Libro Blanco p. 22: "(...) el modelo español de defensa de la competencia tiene un carácter eminentemente administrativo, con un esquema en el que intervienen instituciones especializadas en la aplicación de la LDC, de ámbito nacional y de ámbito autonómico cuyas decisiones están sujetas a revisión jurisdiccional. Además, hay órganos de tipo vertical, especializados en la regulación de determinados sectores, que están en mayor o menor medida relacionados con la defensa de la competencia".

⁶⁴ Libro Blanco: "(59) (...) Sin embargo, al igual que ocurre en otros países, junto a las instituciones de defensa de la competencia existen reguladores sectoriales, que tienen como misión básica asegurar que la aplicación de la normativa sectorial lleva a un funcionamiento del sector correcto, objetivo, transparente y en condiciones de libre competencia. (60) La **cooperación** entre ambos grupos de autoridades se lleva a cabo a través de mecanismos legales de coordinación establecidos básicamente con la finalidad de: – Poner en conocimiento de las autoridades de competencia posibles prácticas u operaciones detectadas por los órganos reguladores —muy próximos a la actividad del sector. – Apoyar a los órganos de defensa en sus investigaciones y análisis en estos ámbitos y – Asegurar la participación técnica de los reguladores cuando se trata de expedientes que afectan a su sector mediante la solicitud de informes tanto en control de concentraciones como en prácticas restrictivas de la competencia".

⁶⁵ Creada por la Ley 11/1998, de 24 de abril, Ley General de Telecomunicaciones.

⁶⁶ Creada por la Ley 54 de 1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico.

nacionales o autonómicos de competencia la existencia de conductas restrictivas de las cuales hubiesen tenido conocimiento y, las de participar y colaborar en los procedimientos de investigación que se adelanten por estas conductas al igual que en el desarrollo de los expedientes relativos al control de las concentraciones empresariales.

Aparte de estas autoridades administrativas, según lo había dispuesto el TJCE y lo había establecido expresamente el art. 6 del Reglamento 1/2003, tenían competencia para aplicar los arts. 81 y 82 los jueces de la mercantil.

Con la reforma se pretendían solucionar los problemas relativos a la falta de coordinación de las actuaciones administrativas en los distintos planos (nacional y autonómico), la falta de integración de la aplicación pública (administrativa) y privada (judicial) de las normas de libre competencia, la ausencia de mecanismos que confiriesen coherencia y eficacia a la participación de las entidades sectoriales y, que dotaran de agilidad los procedimientos en favor de los empresarios⁶⁷.

Así mismo se proponía reforzar la actividad de la autoridad administrativa otorgándole mayores herramientas e instrumentos de control a través de los cuales pudiese garantizar la ejecución rápida y eficaz de las resoluciones administrativas y, desde luego, su cumplimiento.

También se propuso reforzar el papel de los órganos administrativos en la promoción e impulso del funcionamiento eficiente de los mercados, a través de (i) La elaboración de informes y estudios económicos sobre sectores específicos y mercados y, (ii) La facultad de impugnar tanto las normas como los actos administrativos que fuesen contrarios a la libre competencia⁶⁸.

Atendiendo esto fines, la NLDC introduce importantes cambios en el modelo institucional. De una parte, crea la CNC⁶⁹, (manteniendo pese a la unidad institucional la separación entre las labores de instrucción y decisión) y le otorga funciones de arbitraje (art. 24), consultivas (art. 25) y de promoción de la competencia (art. 26); y de otra, establece la competencia y participación de los jueces en la aplicación de las normas de libre competencia.

Así las cosas, bajo la nueva normativa vigente, junto a la CNC, tienen competencia para aplicar las normas nacionales de competencia tanto las autoridades autonómicas -las cuales conservan sus funciones de conformidad con lo establecido en la Ley 1/2002,- como los jueces mercantiles. Este círculo de autoridades competentes lo cierran las autoridades sectoriales, cuyas competencias se regulan en el art. 17, disposición en la cual también se establecen los instrumentos de coordinación de sus funciones con las competencias de la CNC y de las autoridades autonómicas.

⁶⁷ Libro Blanco: "(12) Sin embargo, el sistema presenta debilidades básicamente relacionadas con la **necesidad de reforzar la eficacia en la actuación y la inadecuada articulación de las actuaciones en los diferentes planos**. En concreto, cabe señalar la duplicación de trámites del procedimiento y longitud de plazos hasta la firmeza de las resoluciones, la insuficiente delimitación de competencias con los reguladores sectoriales y la inadecuada imbricación de los planos administrativo y judicial". (Las negrillas son del texto). Ver para una explicación más detallada de estas debilidades o problemas del sistema institucional de aplicación de las normas de libre competencia, los num. 68 a 74 del Libro Blanco.

⁶⁸ Libro Blanco num. 23 y capítulo VII sobre Proyección social de la defensa de la competencia.

⁶⁹ Según lo dispone el art. 12, la nueva autoridad tiene competencia a nivel nacional y respecto de todos los sectores económicos, manteniéndose el modelo "horizontal" de aplicación de las normas de libre competencia.

3.2. LAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LA COORDINACIÓN ENTRE EL ÁMBITO NACIONAL Y EL AUTONÓMICO.

Tradicionalmente se había considerado que las únicas autoridades competentes para la aplicación de las normas de libre competencia eran el SDC y el TDC; sin embargo, en el año 1999 este panorama empezó a cambiar como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Gobierno del País Vasco y por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, en razón de la cual el Tribunal Constitucional (en adelante TC), en sentencia No. 208 de 1999, de 11 de noviembre, declaró inconstitucional la cláusula “*en todo o en parte del mercado nacional*”, contenida en diversos artículos de la Ley 16/1989, al considerar que con ella se desconocían las facultades que en materia de defensa de la competencia se habían asignado a las comunidades autónomas⁷⁰.

En cumplimiento del mencionado fallo se expidió la Ley 1/2002 por medio de la cual se establecieron y se marcaron las diferencias entre las competencias ejecutivas del Estado y las de las comunidades autónomas en relación con la aplicación de la Ley 16/1989.

Conforme a lo dispuesto en la sentencia del TC y en la Ley 1/2002, las competencias de las autonomías son de carácter ejecutivo y se encuentran restringidas al territorio de la comunidad respectiva⁷¹; mientras la facultad legislativa y las competencias ejecutivas en aquellos asuntos de carácter nacional o supra-autonómico corresponden al Estado, el cual las ejerce hoy por hoy a través de la CNC⁷². La asignación de competencias obra con base en aplicación del principio de los efectos y con total independencia del lugar en donde hubiese tenido lugar la celebración o la ejecución de la conducta restrictiva.

Los asuntos de carácter nacional se encuentran establecidos en el num. 5 del art. 1 de la Ley 1/2002 y los supra-autonómicos en los literales a) y b) del num. 2 del mismo artículo. Según estas disposiciones, corresponde al Estado (CNC) el conocimiento de las conductas que afectan la unidad del mercado nacional por “(…) *la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado, la modalidad y alcance de la restricción (…)*”, o que afecten principios reconocidos en la Constitución tales como “(…) *el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diferentes partes del territorio español, la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional o la igualdad de todos*”.

⁷⁰ La parte resolutive de la Sentencia afirma: “1º. *Estimar parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la generalidad de Cataluña y, en consecuencia, declarar inconstitucional la cláusula “en todo o en parte del mercado nacional”, contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25 a) y c), en la medida en que desconoce la competencias ejecutivas de la legislación nacional sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos, difiriendo su nulidad hasta el momento en que, establecidos por la ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercitarlas*”.

⁷¹ Exposición de Motivos de la Ley 1/2002, de 21 de febrero: “(…) *la competencia objetiva que cabe atribuir a las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, se halla (sic) limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en el territorio de cada Comunidad Autónoma y que no afecten al mercado supraautonómico. Ello implica que la competencia del Estado se extiende no solo (sic) la normación, sino también a todas las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma*” y num. 3 del art. 1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero.

⁷² Num. 1 del art. 1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero.

*los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*⁷³.

En caso de que se susciten conflictos de competencia entre la autoridad nacional y las autonómicas o entre varias de estas, la Ley 1/2002 dispone que la controversia debe ser resuelta con base en el dictamen emitido por la Junta Consultiva en materia de conflictos⁷⁴ y en caso de que dicho dictamen no sea acogido, mediante decisión del TC.

Adicionalmente, con el fin de lograr la coordinación entre las autoridades nacionales y autonómicas y la cooperación entre las mismas, y siguiendo para ello el modelo comunitario la Ley 1/2002 dispuso: (i) La creación del Consejo de Defensa de la Competencia⁷⁵; (ii) El establecimiento de un sistema de información recíproca sobre las conductas restrictivas que se encuentren sometidas a conocimiento y control de las autoridades administrativas⁷⁶, (iii) La facultad del SDC (hoy CNC) de intervenir en los procedimientos tramitados por los órganos autonómicos con el propósito de garantizar la coherencia y sincronía de las decisiones adoptadas a este nivel con las decisiones que se adoptan por parte de las autoridades nacionales⁷⁷ y (iv) la recabación por parte del CNC de informes preceptivos no vinculantes de las autoridades autonómicas en relación con las conductas restrictivas que afectando el mercado supraautonómico incidan de forma significativa en el territorio de la Comunidad Autónoma⁷⁸

Aunque a raíz de la expedición del 1/2003, se cuestionó la necesidad de reformar la Ley 1/2002 para establecer la competencia de las autoridades autonómicas en la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia, la mayor parte de la doctrina consideró que dicha reforma no era procedente⁷⁹, toda vez que la mención del Reglamento 1/2003 a las "autoridades de competencia", se hacía en relación con aquellas que tenían carácter de autoridades nacionales y no en relación con autoridades de índole local, siendo además la interpretación de estas disposiciones de carácter restrictivo, por lo que la competencia a autoridades no previstas expresamente por el Reglamento estaba vetada.

Aunque se ha considerado que el sistema autonómico podría plantear además de conflictos de competencia, inconvenientes relacionados con el cumplimiento de las obligaciones que

⁷³ Exposición de motivos de la Ley 1/2002.

⁷⁴ Nums. 1 y 3 del art. 2 de la Ley 1/2002.

⁷⁵ Art. 5 Uno Ley 1/2002. La estructura del Consejo de Defensa de la Competencia se modifica en el apartado Uno de la Disposición Adicional Décima de la NLDC.

⁷⁶ Art. 2 y art. 5 Dos y Cuatro Ley 1/2002. El artículo 5 Dos, letra b) y el apartado Cuatro de esta disposición se modifica de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Décima de la NLDC.

⁷⁷ Art. 5 Tres Ley 1/2002.

⁷⁸ art. 5, Cuatro Ley 1/2002 modificado de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Décima de la NLDC.

⁷⁹ ILLESCAS, Rafael. Ob. Cit., p. 165 *"Cabe interrogarse acerca de si la aplicación del Reglamento 1/2003 va a venir a modificar el estado de cosas (...) y, en consecuencia, podrá suscitarse la posibilidad de que las autoridades regionales constituidas lleguen a estar facultadas para la aplicación del DEC (...). Me inclino por una respuesta negativa, en la medida en que las infracciones que las autoridades regionales pueden enjuiciar por propia definición carecen de dimensión geográfica suficiente como para entenderse infringida a través de ellas la cláusula comunitaria de comercio. Ello, sin embargo, no será óbice para que en punto a enjuiciamiento regional las autoridades regionales se sujeten mutatis mutandi a los criterios y mandatos materiales establecidos por el DC"*.

conforme al Reglamento 1/2003 le competen a la autoridad nacional⁸⁰; lo cierto es, que ni el Libro Blanco⁸¹, ni el anteproyecto, ni el proyecto consideraron la necesidad de introducir reformas en esta materia. La NLDC conserva en vigencia la Ley 1/2002, se remite a ella tratándose de la coordinación en el desarrollo de las funciones a cargo de la autoridad nacional y las autonómicas y se limita a introducir modificaciones en cuanto al reconocimiento y reforzamiento de la labor adelantada por las entidades autonómicas⁸².

De los comentarios hechos en los num. 3.1 y 3.2, se puede concluir, a grandes rasgos, que el sistema de aplicación pública o administrativa de las normas de libre competencia mantiene el esquema previo a la reforma, con la novedad de la unidad institucional representada en la creación de la CNC y en las nuevas funciones asignadas a ella⁸³. El avance hacia el sistema mixto está entonces marcado por las competencias asignadas a los jueces en esta materia, según veremos.

3.3. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

⁸⁰ DEDEU PASTOR, Roger, "El sistema español de Autoridades y el paquete de modernización del derecho de la competencia", *Revista Derecho de los Negocios*, No. 170, noviembre, Madrid, Ed. La Ley, 2004, p. 28: "(...) entendemos que difícilmente podrán cumplirse los objetivos de coordinación y homogenización que se fijó en su día el Reglamento 1/2003 y las posteriores normas integradas en el «Paquete de Modernización» si se deja al margen de toda cooperación a las autoridades y Tribunales de la Competencia de la CC.AA., [Comunidades Autónomas] en tanto que estas son competentes para enjuiciar las conductas prohibidas cuando alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de su Comunidad Autónoma, y para ello necesariamente deberán aplicar aquellas nociones y conceptos relativos a acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que aluden a formas de coordinación de las empresas en el mercado y que según recoge el Reglamento 1/2003 constituyen conceptos autónomos del Derecho Comunitario de la Competencia".

⁸¹ Libro Blanco: "(14) En el ámbito institucional, cabe señalar que la ejecución de las competencias de las **Comunidades Autónomas** en esta materia se encuentra todavía en una fase incipiente. Por el momento, el esquema legal no ha planteado ningún problema en cuanto a asignación de casos o coherencia de las decisiones adoptadas por los diferentes órganos, por lo que en este Libro Blanco no se avanzan propuestas concretas de modificación del marco normativo aplicable". (Las negrillas son del texto).

⁸² Disposición adicional décima de la NLDC. ALONSO SOTO, Ricardo. "La nueva ley de defensa de la competencia", Madrid, 2007, de próxima publicación: "Por lo que respecta a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia, la nueva Ley trata de potenciar su actividad en el ámbito de la defensa de la competencia, equiparándolas en cuanto a sus funciones a la Comisión Nacional de Competencia y atribuyéndolas, en consecuencia, plena competencia sobre aquellas prácticas prohibidas que producen sus efectos en un ámbito territorial autonómico y legitimación para la impugnación de actos y disposiciones administrativas de las Administraciones autonómicas, provinciales y locales, así como competencias consultivas o de informe en los procedimientos sancionadores de carácter nacional y de control de concentraciones que afecten de forma importante al territorio de la respectiva comunidad autónoma. Así mismo se les reconoce la competencia para la emisión de los preceptivos informes sobre la apertura de grandes establecimientos comerciales en aquellos casos en lo que los efectos de su instalación se produzcan exclusivamente en el ámbito autonómico".

⁸³ ALONSO SOTO, Ricardo. "La nueva ley de defensa de la competencia", Madrid, 2007, de próxima publicación: "(...) un análisis preliminar de la reforma nos permite constatar que, si prescindimos de las innovaciones introducidas para armonizar nuestro sistema con el comunitario europeo, la citada reforma se ha limitado fundamentalmente a la unificación de los organismos nacionales e defensa de la competencia y a la concentración del poder de decisión en el nuevo organismo que se crea, lo que conlleva consecuentemente una simplificación y agilización de los procedimientos".

Durante mucho tiempo en España no se reconoció la facultad de los jueces nacionales para aplicar ni el Derecho Comunitario de la competencia (para ese momento -antes de la expedición del Reglamento 1/2003- referido únicamente a la aplicación de los arts. 81.1 y 82 del TCE) ni el Derecho Español (referido a Ley 16/1989 y demás normas reglamentarias de la norma).

Se afirmaba que la aplicación de las normas de libre competencia tanto comunitarias como nacionales correspondía en el contexto nacional en forma privativa al SDC y al TDC. Los jueces únicamente podían declarar la nulidad del contrato y ordenar la indemnización de los perjuicios derivada de las prácticas restrictivas cuando las partes así lo hubiesen solicitado teniendo como base una resolución administrativa en firme en la cual que se declarase la infracción de las normas de libre competencia⁸⁴.

Bajo esta línea de pensamiento, se consideraba que los jueces sólo podían aplicar las normas de competencia comunitarias por vía indirecta, es decir, cuando se sometían a revisión -ante las instancias judiciales- las decisiones adoptadas por los órganos administrativos o cuando con base en decisiones de esta naturaleza se proferían condenas relativas al resarcimiento de los daños y perjuicios.

Fue sólo con la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 2 de junio de 2000, que se reconoció por primera vez la competencia de los órganos judiciales nacionales para aplicar en forma directa el Derecho Comunitario (art. 81.1 y 82 del TCE), siempre, que ello era fuese necesario para poder decidir sobre la nulidad de un acuerdo sometido a su juicio⁸⁵. Este cambio

⁸⁴ STS de 30 de diciembre de 1993, pronunciada dentro del trámite del recurso de casación No. 1262/1993 conocida como asunto CAMPSA.

⁸⁵ STS de 2 de junio de 2000, pronunciada dentro del trámite del recurso de casación No. 2355/95 con ponencia de Don Francisco Marín Castán: *“Si bien es cierto que el Juez nacional no tiene competencia para ordenar que se ponga fin a la infracción que ha podido comprobar ni para imponer multas a las empresas que la hayan cometido, como puede hacer la Comisión, le corresponde, no obstante, aplicar, en las relaciones entre particulares, el apartado 2 del artículo 85 del Tratado. Al prever expresamente esta sanción civil, el Tratado pretende que el Derecho nacional dé al Juez la facultad de proteger los derechos de las empresas víctimas de prácticas contrarias a la competencia». Sentencia de 18 de septiembre de 1992, caso Automec Srl, asunto T-24/1990, apartados 90, 92 y 93). (...)«En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente declare la nulidad de una o varias cláusulas contractuales, debe añadirse que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase la sentencia VAG France, antes citada, apartado 14), **las consecuencias de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas contractuales incompatibles con el apartado 1 del artículo 85 respecto a todos los demás elementos del acuerdo o respecto a otras obligaciones que se deriven de él, no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Por lo tanto, corresponde también al órgano jurisdiccional remitente apreciar, conforme al Derecho nacional aplicable, el alcance y las consecuencias, para la totalidad de las relaciones contractuales, de la posible nulidad de determinadas cláusulas contractuales en virtud del apartado 2 del artículo 85».** (Sentencia de 30 de abril de 1998, caso Cabour, SA, C-230/1996, ap. 51). (...)C) **Acerca de la competencia de esta Sala para declarar en su caso la nulidad de pleno derecho del contrato litigioso. Le corresponde como juez nacional de un Estado miembro que debe por tanto aplicar el ordenamiento comunitario si entiende que el contrato litigioso no cumple las condiciones de exención del Reglamento 1984/1983 y que tampoco podría ser nunca objeto de una exención individual otorgada por la Comisión, habrá de declarar la nulidad, aunque con el alcance que proceda según el Derecho español”.** Las negrillas son del texto.*

en la jurisprudencia se reafirmó y continuó con otras decisiones del alto Tribunal⁸⁶, entre las cuales, cabe destacar especialmente la sentencia de 15 de marzo de 2001⁸⁷.

La expedición del Reglamento 1/2003 despejó el panorama sobre el tema -en relación claro está con la aplicación del Derecho Comunitario-, al establecer en su art. 6, la competencia de los jueces nacionales para aplicar íntegramente los arts. 81 y 82 del TCE, es decir, incluyendo el apartado 3 del art. 81 de TCE, cuya aplicación hasta ese momento se había reservado a la Comisión Europea.

Aprovechando la coyuntura de la expedición de la Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio, *para la reforma concursal*, y con el fin de dar cumplimiento el Reglamento 1/2003, se estableció que los jueces de lo mercantil son competentes para conocer y adelantar los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 (nuevo art. 83 ter, num. 2, literal f)⁸⁸. En todo caso, se precisó, que los jueces nacionales no tenían competencia para retirar el beneficio de exención concedido a través de un Reglamento de Exención, por ser éste un asunto de competencia exclusiva de las autoridades administrativas.

Frente a estas nuevas circunstancias reglamentarias y ante la posible existencia de procedimientos paralelos sobre los mismos hechos, adelantados incluso de manera simultánea ante distintas autoridades de competencia (comunitarias o nacionales) y/o ante los jueces⁸⁹, se dispuso la aplicación de los diversos mecanismos de colaboración y de coordinación previstos en la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, *relativa a la cooperación entre la*

⁸⁶ DE EIZAGUIRRE, José María. Ob. Cit., p. 349 menciona otras sentencias sobre el tema, entre ellas, las sentencias del TS de 2 de marzo/2001, 15 de marzo/2001, 24 de junio/2002 y 18 de septiembre/2003.

⁸⁷ STS del 15 de marzo de 2001: “1º) Por cuanto que, sin perjuicio de la sujeción del citado Reglamento 1984/83, (hoy extinto por la vigente ordenación liberadora) en los términos recogidos en S. de 2-3-2000, que expresa: «Conviene decir de inmediato que **los Reglamentos Comunitarios resultan obligatorios, siendo directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros desde su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, ostentando por tanto supremacía sobre el Derecho interno español (artículo 189 del Tratado de Roma), ya que su aplicación es prioritaria, incluso a las leyes, lo que no sucede con las Directivas, que, en términos generales y sin dejar de lado las decisiones interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sólo imponen dictar normas internas para llevar a cabo su aplicación...**», no es aplicable al litigio citada Resolución de esa Comisión en 15 de julio de 1994, sobre todo, y sin otras razones, por cuanto que, por mor al contrato de 18-7-1989, el litigio está planteado con anterioridad a la misma, por lo que **tampoco es admisible la tesis que se sostiene en repetida norma comunitaria al caso controvertido, ya que, existe un pacto expreso en donde las partes plasman, sin duda, un contrato de suministro en exclusiva según la cláusula sexta del contrato, pacto, pues, que obliga al no oponerse a ninguna normativa vigente a la sazón**”. Las negrillas son del texto.

⁸⁸ Ley Orgánica 8/2003 artículo 83 ter “2. los juzgados de lo mercantil conocerán, así mismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de (...) f) De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea”.

⁸⁹ MARTÍNEZ LAGUE, Santiago. “La aplicación judicial de los artículos 81 y 82 CE a partir del 1 de mayo de 2004”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No. 231, mayo/junio, Madrid, Edit. Einsa, 2004, p. 9: “La aplicación de l Derecho de la competencia a título principal por los jueces –lo que la doctrina anglosajona denomina “private enforcement”- nos plantea, naturalmente, la posible coexistencia de dos procedimientos -uno civil y otro administrativo- versando sobre los mismos hechos y aplicando el mismo Derecho. Es decir la posibilidad de procedimientos paralelos, ya sean simultáneos o sucesivos. Tal paralelismo está justificado porque uno y otro persiguen la protección de intereses distintos: en el procedimiento administrativo se trata de salvaguardar intereses públicos (el mantenimiento de la competencia), en el proceso civil, intereses privados (impedir y resarcir el daño que la conducta causa a los particulares)”.

Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE y en la Comunicación, también de 27 de abril, sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia.

A pesar de todos estos progresos sobre la aplicación judicial de las normas comunitarias de competencia, ningún avance se produjo para ese momento en relación con la aplicación de la entonces vigente Ley 16/1989, de hecho la situación era completamente diferente a la descrita:

Se afirmaba que los jueces españoles carecían de competencia para aplicar en forma directa las disposiciones de la Ley 16/1989 y de todas aquellas normas que la reformasen o complementasen. En consecuencia, se daba por sentado que los jueces sólo podían pronunciarse sobre la nulidad de un acuerdo restrictivo o sobre la indemnización de perjuicios de forma incidental y sólo cuando existía una resolución administrativa en firme que declaraba la ilicitud de la conducta.

Así pues, la situación implicaba que las partes debían someterse a un doble procedimiento, uno administrativo y otro judicial, y padecer una mayor espera en caso de que se hubiese controvertido la decisión administrativa -nacional o autonómica-, pues en tal caso debía esperarse la resolución definitiva del asunto por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, como quiera que la resolución debía ser firme para poder acudir ante el juez y reclamar su intervención (art. 13.2 de la Ley 16/1989)⁹⁰.

La situación reinante era entonces paradójica: Mientras los jueces nacionales (jueces mercantiles) podían aplicar en forma directa los arts. 81 y 82 del TCE y con base en ellos declarar la ilicitud del acuerdo y consecuentemente la nulidad del acuerdo y la indemnización de los daños y perjuicios padecidos -incluso en favor de quien hubiese sido parte del acuerdo restrictivo (sentencia Courage)-; no podían aplicar las normas nacionales de competencia, pues se consideraba que su aplicación correspondía en exclusiva a las autoridades administrativas (nacionales y autonómicas), siendo necesario obtener una decisión previa y firme de dichas autoridades para que el juez pudiese definir los efectos civiles derivados de la conducta restrictiva.

Por la dificultad que para las partes suponía tener que adelantar un procedimiento administrativo previo para solicitar *a posteriori* -ante el juez- la declaración de nulidad del acuerdo y/o la indemnización de los perjuicios; alguna parte de la doctrina había planteado como una vía alterna a este doble procedimiento, ejercitar una acción de competencia desleal por la violación de normas y pedir a través de ella la indemnización de los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de la conducta desleal (art. 15.2 de la LCD)

La NLDC ha venido a consagrar de manera expresa la facultad de los jueces de lo mercantil para aplicar lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la Ley. Se establece de esta forma un sistema privado de aplicación de las normas de libre competencia, a partir del cual, son los particulares quienes se encargan de promover la aplicación de esta normativa por medio de las demandas

⁹⁰ Art. 13.2 de la LDC y también el Libro Blanco p. 27 "(...) *La aplicación de las normas nacionales de competencia por parte de los jueces requiere, con carácter previo, la firmeza de la declaración administrativa de existencia de existencia de una infracción de la LDC. Por tanto, sólo es posible solicitar la nulidad y los daños y perjuicios derivados de un acto o acuerdo anticompetitivo tras acudir previamente a los órganos administrativos, con competencia exclusiva para la declaración de la existencia de conducta prohibida, obtener su relación en el plazo que corresponde y esperar a que cobre firmeza, lo que supone si es recurrida, esperar a que se agote la vía judicial*".

privadas ante los jueces, las cuales se referirán básicamente a las reclamaciones sobre la nulidad de los contratos y/o a la indemnización de los daños y perjuicios. En ningún caso será necesaria la definición previa de la legalidad del comportamiento ante las instancias administrativas para legitimar la acción directa ante los jueces, pues estos tienen competencia directa para declarar la infracción y ordenar el cese del comportamiento restrictivo.

Frente a este panorama de competencias y para evitar decisiones contradictorias entre las autoridades administrativas y los jueces, la NLDC ha establecido un sistema de coordinación y colaboración entre las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales semejante al establecido en el ámbito comunitario.

En efecto, se establece el deber de los jueces de comunicar la admisión a trámite de las demandas que involucran la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE y los arts. 1 y 2 de la NLDC, y de las sentencias que sobre estas normas se hayan pronunciado⁹¹; también se establece que en el desarrollo de los procedimientos judiciales el secretario tiene el deber de dar traslado a la CNC de la interposición del recurso de apelación⁹² y, finalmente, la obligación de los jueces de remitir a las entidades administrativas la información necesaria para que estas puedan presentar observaciones en el curso de los procesos judiciales⁹³.

En contrapartida de los anteriores deberes, se dispone que las autoridades administrativas (comunitaria, nacional y autonómica) podrán intervenir en los procedimientos judiciales mediante la aportación de informes o la presentación de observaciones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE y los arts. 1 y 2 de la NLDC. Adicionalmente se precisa que la aportación de informaciones no podrá en ningún caso vulnerar el sistema de reserva que resulta de la aplicación del sistema de clemencia y, que la presentación de observaciones será procedente a requerimiento judicial o de manera oficiosa, de forma escrita excepto en caso de que el juez autorice la intervención verbal⁹⁴. Se puntualiza, que las autoridades autonómicas sólo podrán presentar observaciones en relación con las normas nacionales y no respecto de las normas comunitarias cuya aplicación "administrativa" compete a la CNC.

Finalmente, a efectos de evitar decisiones contradictorias, el apartado cinco de la disposición adicional segunda de la NLDC establece la facultad de los jueces de suspender el procedimiento judicial cuando quiera que se encuentre en curso un procedimiento administrativo y resulte necesario conocer su resultado⁹⁵.

Conocido el alcance de la prohibición, el sistema de exención y las competencias sobre la aplicación de las normas de la NLDC corresponde a continuación comentar la incidencia de la reforma en la valoración de los acuerdos verticales y en concreto de las cláusulas o pactos de exclusividad.

⁹¹ Art. 16 num. 3 de la NLDC y apartados 2 y 4 de la disposición adicional segunda de la NLDC que establece la modificación del art. 212 de la LEC, por la adición del nuevo numeral 3 y del art. 404 de la LEC por la adición de un nuevo párrafo.

⁹² Apartados 6 de la disposición adicional segunda de la NLDC que establece la modificación del art. 461 de la Ley 1/2000 por la adición del nuevo numeral 5.

⁹³ Apartados 1 de la disposición adicional segunda de la NLDC que establece la modificación de la LEC por la adición del nuevo art. 15 bis.

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ Apartados 5 y 7 de la disposición adicional segunda de la NLDC que establece la modificación de los arts. 434 y 465 de la LEC respectivamente.

4. LAS CLAÚSULAS DE EXCLUSIVIDAD COMO ACUERDOS RESTRICTIVOS DE CARÁCTER VERTICAL

Tras considerar la reforma, descendemos ahora, a la valoración de uno de los tipos de acuerdos restrictivos más simbólicos o representativos, dentro de la categoría de los acuerdos verticales. Será necesario tener presente lo que hasta el momento se ha destacado, es decir, un enfoque de la prohibición cada vez más restringido, una forma de análisis que da preeminencia a la autonomía privada, un proceso de adecuación típica que paso a paso parece indicar que sólo un número de acuerdos debe ser efectivamente sancionado y, la utilidad de un sistema de excepción que permite a los particulares autovalorar sus conductas.

Por lo tanto, resultarán necesarios algunos cortos comentarios sobre la regulación de los acuerdos verticales para luego establecer la regulación que a las cláusulas de exclusividad se le imprime dentro de la categoría de los denominados contratos de distribución, para finalmente revisar, sobre la base de los dicho en los num. 1,2 y 3 e este escrito, la valoración que desde la óptica de la libre competencia corresponde a los pactos de exclusiva.

4.1. LOS ACUERDOS VERTICALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Además de las disposiciones de la Ley 16/1989 (hoy sustituidas por las disposiciones de la NLDC), en España, el tema de **las restricciones verticales** ha estado siempre regulado a través de los Reglamentos de Exención por Categoría Comunitarios, los cuales, se han venido incorporando de forma paulatina al derecho nacional a través de Reales Decretos.

Así, el RD 157/1992 incorporó al Derecho Español los Reglamentos CEE Nums. 1983/83, 1984/83 y 4087/88 que regulaban los acuerdos de distribución en exclusiva, compra en exclusiva y franquicia, respectivamente.

Posteriormente y tras el proceso de reforma y modernización de los Reglamentos en el contexto comunitarios, el RD 378/2003 incorporó a la legislación española (i) El Reglamento 2790/1999, (ii) El Reglamento 1400/2002, (iii) El Reglamento 240/1996 (actualmente sustituido por el Reglamento 772/2004), (iv) El Reglamento 2658/2000, (v) El Reglamento 2659/2000 y (vi) El Reglamento 358/2003⁹⁶, de los cuales, los correspondientes a los ordinales (i) y (ii) regulan el tema de las restricciones verticales.

Así pues, en el ordenamiento jurídico español, la valoración de los acuerdos restrictivos de carácter vertical debe realizarse atendiendo lo dispuesto en el art. 1 de la NLDC, el Reglamento 2790/1999, las Directrices de la Comisión sobre acuerdos verticales y la jurisprudencia comunitaria y nacional sobre estos temas.

También es importante precisar que en el curso del procedimiento de valoración de esta clase de pactos, además de las normas sobre restricciones verticales, las partes deben atender

⁹⁶ Aun sino si no estuviesen incorporados a la legislación española, los citados Reglamentos serían vinculantes en España debido a su efecto directo.

diversidad de criterios económicos a partir de los cuales se definen las ventajas y desventajas de esta clase de acuerdos (criterios que son fundamentalmente relativos a las eficiencias que se despenden de su uso); así mismo, deberán considerar las disposiciones que regulan las relaciones de distribución⁹⁷ y, desde luego, las relativas a cada uno de los distintos tipos contractuales en los cuales se suelen incluir con mayor frecuencia pactos de esta naturaleza.

Y es a partir de estas disposiciones que se puede afirmar que la regla general es que los acuerdos de tipo vertical se encuentran prohibidos, siempre que además de encajar o de cumplir con los requisitos del tipo de prohibición (art. 1.1 de la NLDC), no cumplan con los supuestos del art. 1.3 de la NLDC ni con los requisitos que definen el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación del Reglamento 2790/1999.

Pero este principio o regla general comienza a resquebrajarse. Han sido los modernos planteamientos realizados a partir del análisis económico del derecho los que permiten sostener que no existen desde la óptica económica razones que justifiquen la prohibición de esta clase de acuerdos, principalmente por la ventajas y las eficiencias que de los mismos derivan para las partes que concurren a su celebración y desde luego para la economía en general.

Así pues alguna parte de la doctrina aboga por la exclusión absoluta de los acuerdos verticales del ámbito de la prohibición⁹⁸, otro sector con opiniones más moderadas sobre el tema, considera que los acuerdos verticales deben prohibirse sólo en la medida en que su uso se encuentre extendido a una red de contratos o relaciones comerciales o siempre que se empleen por empresas con posición de dominio en el mercado correspondiente.

Como lo demuestra un análisis de la jurisprudencia y de las decisiones del TDC y, como lo viene reconociendo la doctrina, los pactos de exclusiva -como una de las modalidades que puede adoptar las restricciones de tipo vertical- excepcionalmente caen bajo la prohibición del art. 1.1. de la NLDC. En la mayoría de los casos esta clase de acuerdos se consideran por fuera de la prohibición porque (i) No cumplen alguno de los requisitos del art. 1.1.; (ii) Se pueden excluir a través de la aplicación de cualquiera de las teorías que reducen la extensión o la cobertura de la norma (por regla general la doctrina de las restricciones accesorias); (iii) Cumplen los requisitos del art. 1.3. de la NLDC por lo que las partes pueden estimar en

⁹⁷ El C. de Co., Ley 12 de 1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia, RD 22/1993, Ley 7 de 1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista referente a horarios y grandes superficies.

En materia de comercio minorista las Comunidades Autónomas tienen competencias legislativas lo que hace que existan una disparidad normativa enorme dentro de España y por tanto una falta de claridad sobre la razonabilidad de las restricciones impuestas a la actividad comercial al por menor. Así, en algunas Comunidades las restricciones a la competencia se han extendido a los supermercados de descuento y a los establecimientos comerciales medianos –los cuales han sido definido al igual que las grandes superficies de acuerdo a criterios dispares que va desde el número de metros cuadrados hasta el volumen de ventas y el número de trabajadores.

⁹⁸ El profesor ALFARO es de la opinión de que la prohibición de los acuerdos restrictivos se limite a aquellos que tienen “por objeto” eliminar, restringir, o falsear la libre competencia, pues razones fundamentalmente de eficiencia señalan la necesidad de excluir del ámbito de la prohibición los acuerdos “con efecto” restrictiva, dado que, en la mayoría de eventos estos resultan necesario e incluso indispensables en las relaciones de mercantiles. ÁGUILA REAL, Jesús. “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatista del derecho antimonopolio”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, [en línea], No. 253, noviembre. Disponible en www.indret.com.

desarrollo de la autoevaluación que el acuerdo es válido o (iv) caen bajo el amparo de la inmunidad que confiere el Reglamento 2790/1999.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se estudia el tratamiento que reciben las cláusulas de exclusividad en el marco de los contratos mercantiles de distribución; luego, se comenta la forma en que han sido valorados los acuerdos verticales y en particular los pactos de exclusividad por el TDC y, finalmente, se plantea el sistema de valoración que en nuestro criterio debería aplicarse a esta clase de acuerdos y que resulta más coherente con el nuevo sistema de exención legal establecido a nivel comunitario y nacional.

4.2. LA EXCLUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

Las formas tradicionales de distribución han venido cediendo espacio a nuevos mecanismos que pretenden dar mayor eficacia y agilidad esta actividad. Así, de la distribución directa y pasando por la que podría denominarse independiente, se ha llegado al actual modelo o sistema de distribución integrada⁹⁹. Estos cambios en las formas, han supuesto también el uso de nuevos tipos contractuales, los cuales incorporan cada vez con mayor frecuencia y por diversas razones pactos o cláusulas de exclusividad.

De frente a esta nueva realidad se impone la necesidad de establecer pautas que orienten el juzgamiento de este tipo de acuerdos. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que dicha valoración podrá ser abordada desde dos ópticas diferentes, una que podríamos denominar “estrictamente contractual” y otra, referente al cumplimiento de las normas de libre competencia. En la práctica, ocurre que ambos parámetros de evaluación se entrelazan y que su aplicación simultánea es la que permite definir la validez y la eficacia de estos acuerdos, que en principio y aisladamente considerados simplemente constituyen una manifestación legítima de la autonomía privada.

Desde una óptica estrictamente contractual la validez de las cláusulas de exclusividad depende de que su empleo y desarrollo se encuentre limitado temporal y espacialmente. Tratándose de contratos de duración indefinida, la validez de los pactos se condiciona al establecimiento de una cláusula que admita el derecho de denuncia unilateral *ad nutum* del

⁹⁹ PALAU RAMIREZ, Felipe. El contrato de agencia deja de ser la válvula de escape del control antitrust de los acuerdos verticales (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de octubre de 2002, expediente 527/2001, Repsol Butano, S.A.). *RGDE*, No. 3, octubre, 2002, [lustel.com]: “La distribución integrada ofrece a los fabricantes de productos o servicios de marca enormes ventajas sobre otros sistemas de distribución más tradicionales: de un lado, permite economizar recursos propios en la medida en que traslado costes a los distribuidores que asumen gastos de publicidad y en general de marketing, cargan con la gestión de un almacén o depósito, prestan asistencia postventa y garantía; de otro lado, gracias a estas y otras restricciones verticales, se asegura, al tiempo, un método eficiente para que la producción llegue en óptimas condiciones al consumidor final mediante la colaboración de sus distribuidores sometidos a control (...) Los contratos de distribución integrada o de distribución en sentido estricto conocen actualmente una gran expansión en el mercado, porque, como fácilmente se desprende de los dicho anteriormente, llegan a superar funcionalmente a la agencia al desplazar hacia el distribuidor los riesgos y costes de la actividad de promoción sin que ello suponga una pérdida de control del fabricante o mayorista sobre esta actividad”.

contrato, estando las partes en todo caso obligadas a cumplir con un término razonable de preaviso para ejercer su derecho y sometidas en todo momento el principio de buena fe, de manera que en ningún caso la denuncia del contrato puede resultar ni intempestiva ni abusiva¹⁰⁰.

Desde la óptica de la libre competencia, los acuerdos de exclusiva se consideran válidos en tanto no restrinjan, eliminen o falseen la competencia; de lo contrario, se consideran como pactos ilícitos y nulos de pleno derecho, con base en los cuales -de ser el caso- las partes pueden solicitar la indemnización de los daños y perjuicios padecidos.

Retomando el tratamiento de los pactos de exclusividad en el ámbito contractual, resulta importante e interesante referirnos al tratamiento que ellos reciben en el marco de los contratos mercantiles de distribución, en particular, en los contratos de agencia, concesión, franquicia y suministro, para identificar la función que dentro de esta tipología cumplen y la importancia que a ellos se asigna en las normas civiles o mercantiles que regulan cada tipo contractual.

En la legislación española **el contrato de agencia** -al igual que ocurre en el ámbito comunitario- se encuentra excluido del ámbito de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia, por razón de la carencia de uno de los elementos estructurales del tipo de prohibición, en concreto, la falta de las “voluntades independientes” que deben concurrir a la celebración del acuerdo.

En este orden de ideas, los pactos de exclusiva incorporados en esta clase de contratos se consideran válidos siempre que la relación se califique o considere como un “verdadero contrato de agencia”, es decir, siempre que el agente no asuma ninguno de los riesgos que derivan de la relación contractual¹⁰¹; si el agente asume los riesgos, habrá concurrencia de voluntades y, en

¹⁰⁰ ALBACAR LÓPEZ, José Luís. “problemática de los pactos en exclusiva”, *Diario La Ley*, Ref D-192, Tomo 3, 1996: “*Primero, que dicho pacto [de exclusiva], examinado por la jurisprudencia a partir de la sentencia de 23 de marzo de 1921 y definido en las de 29 de octubre de 1955 y 31 de diciembre de 1970, al orientarse en el sentido de evitar la concurrencia en el mercado, entraña una restricción a la libertad comercial de los contratantes que, como tal, no debe interpretarse en sentido amplio, sino limitado. Segundo, que dado el intuitu personae que juega en los contratos de distribución de productos con pacto de exclusiva, por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, se suele acompañar en la práctica mercantil, cuando se concierta sin fijación de plazo, de una cláusula de resolución ad nutum, con exención de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente corren. Tercero, que éste es el criterio seguido por nuestro Código Civil para todos aquellos supuestos en que entre los interesados medien relaciones obligatorias por tiempo indefinido, según se infiere de sus arts. 400, 1052, 1705, 1732 y 1750, e incluso en otros textos legales, como el art. 279 del Código de Comercio. Cuarto, que tanto las legislaciones extranjeras como las disposiciones vigentes en nuestro país que tratan de esta materia adoptan medidas para evitar la prolongación sine die de los pactos de exclusión estipulados por tiempo indefinido, bien concediendo a ambos contratantes la facultad de desistimiento unilateral, como sucede con el art. 1569 del Código Civil italiano, ya señalando un plazo máximo de duración para los mismos, cual ocurre con el párrafo 2.º del art. 13 del Reglamento para los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de 6 de abril de 1951. Y quinto, que la jurisprudencia de esta Sala proclamó en sus sentencias de 18 de marzo y 28 de mayo de 1966 la necesidad de que dichos pactos no fueran ilimitados en el tiempo ni en el espacio, lo que da lugar a que la denuncia unilateral del contrato no implique abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspase los límites de la equidad y buena fe.*”

¹⁰¹ Resolución del TDC de 21 de octubre de 2002, expediente 527/2001. Ver también PALAU RAMIREZ, Felipe. Ob Cit.

consecuencia, el acuerdo podrá calificarse como restrictivo, siempre que además tenga por objeto o como efecto limitar, eliminar o falsear la competencia¹⁰².

En cuanto se refiere estrictamente a las cláusulas de exclusividad, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 12 de 1992, de 27 de mayo, *del Contrato de Agencia*, que establece que aquella que se pacte en favor de empresario o agenciado requiere siempre de pacto expreso. Igualmente, habrá que considerar lo establecido por el art. 12.2 LCA como norma que resulta aplicable a los supuestos de la exclusividad que se encuentra establecida en favor del agente¹⁰³.

Resulta entonces, que la exclusividad es un pacto legítimo del cual pueden hacer uso tanto el agente como el empresario y que se estimará válido en cuanto el agente no sea contractualmente un sujeto independiente del agenciado, en los términos y por las razones ya indicadas.

En el **contrato de concesión** (también denominado -por alguna parte de la doctrina española- como contrato de distribución exclusiva) se entiende también que la exclusividad puede quedar establecida tanto en favor del concedente¹⁰⁴ como del concesionario¹⁰⁵ e incluso, tener carácter recíproco¹⁰⁶.

¹⁰² En todo caso hay que mencionar que existe una corriente minoritaria que considera que en el mercado de los servicios que ofrece el agente y que contrata el empresario podrían considerarse aplicables las normas que prohíben los acuerdos restrictivos de la competencia y, que en consecuencia, no sería necesario distinguir si el agente asume o no asume algunos de los riesgos que derivan del contrato. De esta opinión por ejemplo es PALAU RAMIREZ, Felipe. Ob Cit. *“Actualmente, la resolución de esta cuestión pasa por una aproximación al problema que, partiendo del Derecho comunitario distingue dos mercados en los que interviene el agente: el mercado de bienes o servicios producidos o prestados por el empresario y el mercado del servicio de intermediación propio del agente, donde éste interviene como oferente y el empresario como demandante. (...) habría de analizarse la conformidad con el derecho antitrust de las restricciones a la competencia que se produjesen en el segundo mercado mencionado como consecuencia de las prohibiciones de competencia, las cláusulas de aprovisionamiento exclusivo, o las cláusulas de distribución exclusiva que impiden al empresario acudir a otros agentes o distribuidores en una zona concreta (...)”*.

¹⁰³ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl. “El contrato de agencia”, En *Contratos Mercantiles*, 2da. Edición, Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, p. 440. que dispone: *“El pacto de exclusiva a favor del agente, esto es aquél por el que el empresario se obliga a no realizar operaciones más que a través del agente no está previsto expresamente como tal pacto, pero se reconoce la exclusiva en la Ley para atribuir al agente la comisión devengada por las operaciones que haya realizado en la zona geográfica o en el círculo de personas que tuviera asignado (art. 12.2 LCA)”*.

¹⁰⁴ SANCHEZ CALERO, Fernando y CALERO GUILARTE, Juan Sánchez. *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen II, Navarra: Thomson Aranzadi, 2005, p. 229 *“También con frecuencia, pero no necesariamente, el concesionario asume la obligación de exclusiva en favor del concedente, que consiste en abstenerse de comprar para su reventa productos a empresarios distintos al concedente. Sin embargo, puede pactarse que no se viola la obligación de exclusiva por parte del concesionario si se prevé la posibilidad de adquisición de productos similares de otros proveedores que les oferten a precios o en condiciones más ventajosas; también puede pactarse que el concesionario podrá adquirir productos de un tercero, en el caso de que el concedente se encuentre en la imposibilidad de suministrarlos”*. También, URÍA, Rodrigo. Ob. Cit., pp. 736 y 737 *“(...) no es infrecuente que junto a la exclusiva de reventa, las partes estipulen: a) una exclusiva de aprovisionamiento por virtud de la cual el concesionario se compromete a adquirir los productos únicamente al concedente a empresas designadas por él o a otros concesionarios”*.

¹⁰⁵ SANCHEZ CALERO, Fernando y CALERO GUILARTE, Juan Sánchez. Ob. Cit. pp. 229 y 230 *“El concedente se obliga a vender o suministrar al concesionario los productos en los términos pactados. Si*

La práctica sobre este tipo contractual indica que por lo general, la exclusividad se establece en beneficio del concesionario y atendiendo fundamentalmente un criterio de naturaleza geográfica, sin que esto signifique la exclusión de otros factores, como pueden ser los clientes potenciales o la gama de productos cuya promoción compete al concesionario, los cuales también pueden servir como pautas a la hora de definir el ámbito o la extensión de la exclusividad.

Habrá también que tener en cuenta que la exclusividad en favor del concesionario puede tener carácter simple o reforzado: *“Los primeros [es decir, los pactos de exclusividad simple] imponen al concedente la obligación de no abastecer a otros dentro de la zona de la concesión. Esta cláusula plantea para el concesionario el problema de que no impide que otros distribuidores del mismo producto se introduzcan en su territorio. (...) [Mientras que] las cláusulas de territorialidad reforzada [son aquellas] por las que el concedente se obliga, además, a imponer respeto de la exclusiva de zona a otros concesionarios”*¹⁰⁷

En los casos de exclusividad reforzada en favor del concesionario, tanto el concedente como los demás concesionarios de la red tienen la obligación de abstenerse de actuar dentro del territorio asignado al primero (prohibición de ventas activas). Si el concedente actúa dentro del territorio exclusivo podrá plantearse la resolución del contrato por incumplimiento y, si quien actúa es otro concesionario, el empresario que ve así perturbada su actividad dentro del territorio que le ha sido asignado en exclusiva, podrá reclamar del concedente la falta de previsión y vigilancia de los empresarios que constituyen su red y del concesionario incumplidor la responsabilidad derivada de la interferencia en su actividad¹⁰⁸.

En relación con la importancia del acuerdo en el tipo contractual, hay quienes opinan que la exclusiva en favor del concesionario es un elemento esencial del contrato de concesión¹⁰⁹;

se establece una cláusula de exclusiva a su cargo se obliga a no vender o suministrar los productos objeto del contrato a otros revendedores que estén establecidos en la zona o territorio del concesionario. La cláusula de exclusiva tiene con frecuencia un alcance limitado, en un doble sentido: en primer término, el concedente puede realizar otros contratos de concesión con otros empresarios para que actúen en la zona en la que ya existe un concesionario (es decir, nombrar otro u otros concesionarios que han de actuar conjuntamente en la zona); en segundo lugar, el concedente puede abastecer a algunos clientes – en su caso, mediante pago de una cierta indemnización al concesionario exclusivo-que no sean revendedores”. En igual sentido, URÍA, Rodrigo. Ob. cit. p. 736 “(...) La exclusiva de reventa obliga al concedente a no otorgar concesiones a un tercero, pero también limita la actuación del concesionario, que no podrá realizar políticas de venta fuera del ámbito de la exclusiva (ventas activas) aunque sí podrá tender pedidos de terceros provenientes de otras zonas (ventas pasivas)”

¹⁰⁶ AA.VV. “Contratos de Colaboración”, En Lecciones de Derecho Mercantil, Guillermo J. Jiménez Sánchez (Coord), 10ª Edición, Lección 16, Madrid: Tecnos, 2005, p. 388: *“En estos contratos es frecuente la cláusula de exclusiva, normalmente con carácter recíproco, así como la imposición al concesionario de determinadas obligaciones relativas al volumen mínimo de comercialización, servicios postventa, etc.”*. En igual sentido ANGULO RODRÍGUEZ, Luís. “Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración” en el libro Derecho Mercantil, Barcelona, Edit. Ariel, 2003, p. 282.

¹⁰⁷ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. Ob. Cit., p 473.

¹⁰⁸ Las reclamaciones podrán formularse a través de las acciones de responsabilidad civil o por medio de las acciones de competencia desleal.

¹⁰⁹ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “El contrato de distribución exclusiva o de concesión”. En *Contratos Mercantiles*, 2da. Edición, Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, pp. 462 y 463: *“Los elementos de mayor relieve para la definición de este contrato son la exclusiva de reventa que en el mismo se establece en favor del concesionario y el actuar éste en nombre y por cuenta propia. Esta exclusiva de reventa y actuación en nombre y por cuenta propia constituyen los elementos esenciales del contrato, que*

mientras otros se inclinan por considerar que este pacto es en realidad un elemento de carácter natural de manera que, aunque nada digan las partes al respecto se entiende incorporado al contrato¹¹⁰.

Lo cierto, sea cual sea la calificación que reciba esta clase de acuerdo, es que se trata de un pacto cuya relevancia resulta indiscutible para el desarrollo de las concesión, pues a través del mismo no sólo pueden ajustarse las disposiciones del contrato a los fines de las partes, sino que además se pueden obtener eficiencias del sistema de distribución, tales como una mejor atención y prestación de servicios complementarios a los clientes, mayor inversión en publicidad por parte del concesionario y mayor dedicación por parte de éste en el desarrollo de la actividad mercantil de promoción y distribución de la marca.

En el **contrato de franquicia**, regulado en la legislación española sólo en referencia a su aplicación al comercio minorista (Ley 7 de 1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y el RD 2485/1998, de 13 de noviembre¹¹¹) y al derecho de la competencia, se entiende que la exclusividad a favor del franquiciario, que por lo general –al igual que en la concesión- atiende a criterios geográficos, es un elemento natural del contrato¹¹², por lo cual no se requiere pacto expreso para que se entienda incorporado al contrato.

Al igual que en el contrato de concesión, dentro del contrato de franquicia la exclusividad puede tener carácter simple o reforzado. En el primero de los casos, el franquiciante sólo se obliga a no designar otros franquiciarios dentro de la zona concedida en exclusiva; mientras en el caso de un compromiso reforzado, además de la obligación anterior, el franquiciante se obliga a no actuar en forma directa dentro del territorio asignado en exclusiva e igualmente a prohibir al resto de franquiciarios de la red que tengan ingerencia dentro del mismo (prohibición de ventas activas).

Ni en el contrato de concesión ni en el de franquicia la exclusividad reforzada puede incluir la prohibición de las ventas pasivas, la cual se considera como una restricción especialmente grave situada por tanto fuera del ámbito de inmunidad que en el contexto comunitario confiere el Reglamento 2790/1999 y cuyo contenido se incorpora a la legislación española a través del RD 378/2003¹¹³.

caracterizan este tipo contractual, diferenciándolo de otros". En este mismo sentido el autor define la concesión como "(...) *aquel concertado entre dos operados económicos, por el que uno de ellos se compromete a comercializar, en nombre y por cuenta propia, los productos del otro, concediéndole éste último a aquél la exclusiva de reventa de tales productos dentro de una zona geográfica determinada, bajo las directrices y supervisión del concedente*" (negrilla fuera de texto).

¹¹⁰ PALAU RAMIREZ, Felipe. Ob. Cit., "(...) Sin embargo, en el contrato de concesión la exclusiva no constituye un elemento esencial definitorio del mismo, sino únicamente un elemento natural normalmente incorporado al contrato por las partes. Así ha sido entendido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en distintas ocasiones, ad ex en la sentencia del 18 de noviembre de 1995 (...)".

¹¹¹ El RD 419/2006, de 7 de abril, modifica el RD 2485/1998, de 13 de noviembre, relativo a la regulación del régimen de franquicia y el registro de franquiciadores.

¹¹² DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. "El contrato de franquicia". En *Contratos Mercantiles*, 2da. Edición, Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, p. 546. Una opinión, al parecer contraria, puede verse en AA. VV. "Contratos de Colaboración". En *Lecciones de Derecho Mercantil*, Guillermo J. Jiménez Sánchez (Coord.), Lección 16, Madrid: Tecnos, 2005, 10ª. Edición p. 389. De las consideraciones que en este texto se hacen sobre el contrato de franquicia parece posible deducir el carácter esencial del pacto de exclusividad.

¹¹³ Tanto la normativa como la doctrina consideran que la prohibición de las ventas pasivas es especialmente restrictiva por los efectos de segmentación o división de mercado que de ella se derivan,

En definitiva, la exclusividad tanto en el contrato de concesión como en el de franquicia constituye un estímulo para el titular de la exclusividad, el cual tendrá mayores garantías y seguridades al tiempo de invertir en el desarrollo de su actividad mercantil y, por tanto, una mayor disposición para el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden.

En el **contrato de suministro**, atípico en la legislación española, la doctrina ha considerado que la exclusividad se puede establecer a favor de cualquiera de las partes¹¹⁴. En este caso, la licitud del acuerdo se encuentra condicionada a los límites temporales y geográficos que determinan su alcance. Por lo general, la exclusividad tiene carácter recíproco, es decir, que la exclusiva conferida en beneficio de una parte tiene como contrapartida su compromiso de exclusividad para con la otra¹¹⁵.

A partir de estas consideraciones generales sobre el tratamiento de la exclusividad en algunos de los principales contratos de distribución mercantil, es posible concluir la importancia creciente de esta clase de pactos, al punto de que en algunos de estos contratos la cláusula adquiere la consideración de elemento esencial o natural de la relación negocial. Adicionalmente, se pone de manifiesto la utilidad de esta clase de pactos para efectos de que las partes modelen o ajusten sus propósitos y busquen una mayor eficiencia en sus relaciones comerciales.

4.3. LA VALORACIÓN DE LOS ACUERDOS VERTICALES Y DE LAS CLAÚSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN LAS DECISIONES DEL TDC

Como se indicó anteriormente, la regla general en materia de restricciones verticales sigue siendo su prohibición. La excepción en consecuencia es su licitud y validez, bien por la vía de la aplicación del sistema de autoexamen (aplicación de art. 1.3 de la NLDC) o, del cumplimiento de los requisitos de los REC.

Tratándose de restricciones verticales, las decisiones del TDC se han concentrado en la valoración y juzgamiento de los sistemas de distribución restringida y dentro de ellos en la valoración de las cláusulas de no competencia, el estudio de los sistemas de distribución selectiva y, para nuestro interés, en el de las cláusulas de exclusividad.

efectos contrarios a los fines integracionistas y de promoción y consolidación del mercado único que en el ámbito Europeo se han asignado a las disposiciones de libre competencia.

¹¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, Fernando y CALERO GUILARTE, Juan Sánchez Ob. Cit., p. 272 *“Con el fin de mantener la duración del contrato, es frecuente en la práctica que en los contratos de suministro se incluyan cláusulas de exclusiva, bien a favor del suministrador –que obligan al suministrado a no contratar con otro empresario el suministro de bienes o servicios similares- o bien en favor del suministrado, lo que tiene como efecto que el suministrador se integra económicamente con aquél”*. También BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl. Ob. Cit., p. 345 *“En todo contrato de suministro puede establecerse un pacto de exclusiva que afecte al suministrado, al proveedor o a ambos. En virtud de esta cláusula, de carácter accesorio y opcional, se asumiría por el proveedor la obligación de no suministrar a nadie más que al suministrado y, si la cláusula afectase al suministrado, supondría el deber de éste último de abstenerse de procurar su abastecimiento a través de otros proveedores distintos”*.

¹¹⁵ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl. Ob. Cit., p. 344.

Según doctrina del TDC, **las cláusulas de no competencia** son lícitas, siempre que sean indispensables para la satisfacción de los intereses y la finalidad contractual perseguida por las partes con la operación o el contrato celebrado (doctrina de la *ancillary restrictions*).

Este tema se abordó por primera vez en el curso del proceso de juzgamiento de un contrato de compraventa de empresa dentro del cual se había incluido una cláusula de prohibición de competencia a cargo del vendedor. Se consideró que la cláusula tenía plena justificación pues contribuía a la finalidad del negocio, es decir, a transferir efectivamente no sólo la propiedad de los bienes materiales de la empresa, sino la clientela, como bien inmaterial; sin la cláusula de no competencia la transferencia de la clientela se hacía sino imposible sí más onerosa, pues era probable que el vendedor continuara ejerciendo una actividad similar a la que realizaba a través de la empresa objeto del contrato y, por tanto, era factible que los clientes bajo un principio de fidelidad continuaran conectados a él, impidiéndose de esta manera la consolidación de la operación y en concreto el fin último que habían perseguido las partes al celebrar el negocio jurídico.

Tratándose de los **sistemas de distribución selectiva** -en forma contraria a lo que ocurre en el ámbito comunitario dentro del cual se admite la implementación de estos sistemas bajo la aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias- el TDC ha considerado que en el ordenamiento español esta clase de acuerdos se encuentran prohibidos aunque pueden ser objeto de exención a través del sistema de las autorizaciones de carácter singular o individual (Ley 16/1989)¹¹⁶ y que hoy implicaría la aplicación del sistema de autoexamen o lo que es igual la verificación de las partes del cumplimiento de los requisitos dispuestos en el art. 1.3 de la NLDC.

En relación con las **cláusulas de exclusividad**, el TDC ha estimado que estos pactos constituyen acuerdos restrictivos de la competencia y, que por tanto se encuentran prohibidos siempre que cumplan los supuestos del art. 1.1 de la NLDC y que no puedan exceptuarse ni a través de la aplicación del art. 1.3 de la NLDC ni de los Reglamentos de Exención, particularmente, con base en lo dispuesto en el Reglamento 2790/1999.

En diversas resoluciones el TDC ha abordado el tema y se ha pronunciado en relación con las diferentes formas que puede adoptar la exclusividad tratándose de contratos mercantiles, entre ellas, las cláusulas de aprovisionamiento exclusivo, de distribución exclusiva y de suministro exclusivo. Un breve recuento sobre estos aspectos se realiza seguidamente:

Sobre las **cláusulas de aprovisionamiento exclusivo** incluidas en los contratos de franquicia, el TDC reconoció en diversas decisiones que éstas pueden ser objeto de autorización singular (recuérdese que hasta antes de la expedición de la NLDC, España conservaba un régimen de autorizaciones individuales) siempre que dentro del procedimiento respectivo se acredite el cumplimiento de los requisitos de exención (para ese momento previstos en el art. 3 de la Ley 16/1989). A partir de estas consideraciones generales, se puede deducir el carácter ilegal que se asignaba a este tipo de acuerdos y, en consecuencia, su naturaleza restrictiva en los términos del actual art. 1.1 de la NLDC, pues como lo hemos reiterado varias veces, sólo puede autorizarse aquello que está prohibido¹¹⁷.

¹¹⁶ Resolución del TDC del 24 de marzo de 1993, expediente 41/92, citada y comentada por GINER PARREÑO, Cesar A. Ob. Cit. pp. 512 y ss.

¹¹⁷ Resolución del TDC de 18 de abril de 1990, expediente 1/90, Resolución del TDC del 17 de septiembre de 2004, expediente A 348/04, *General Óptica*.

A diferencia de esta situación, en el ámbito comunitario las cláusulas de aprovisionamiento exclusivo incorporadas en los contratos de franquicia se consideran acuerdos lícitos con base en la doctrina de las *ancillary restrictions*. La licitud del acuerdo deriva de su carácter necesario e indispensable para que el contrato de franquicia cumpla a plenitud sus finalidades, en particular, la relativa a la identidad y a la calidad de los productos o servicios ofrecidos o prestados por parte del franquiciatario. A *contrario sensu*, este clase de cláusulas se consideran ilícitas cuando no son indispensables ni necesarias o, cuando se acompañan de otras restricciones injustificadas, por ejemplo, cuando además del aprovisionamiento exclusivo se restringe la facultad de los franquiciatarios de aprovisionarse a través de otros distribuidores autorizados dentro de la red (prohibición de suministros cruzados, considerada como una restricción especialmente grave y no cubierta por la inmunidad que ofrece el Reglamento 2790/1999) o, cuando se amenaza o se imponen sanciones contractuales por la trasgresión a esta disposición¹¹⁸.

En la Resolución de 11 de noviembre de 2004, expediente R-621/04, referente al contrato de franquicia utilizado por la empresa Tele Pizza, el TDC no abordó en profundidad el tema de la exclusiva de compra impuesta al franquiciatario; sin embargo, de sus conclusiones es posible deducir que por lo general los efectos restrictivos de estos acuerdos pueden resultar compensados o neutralizados en razón de la distribución exclusiva de carácter territorial y reforzado que se concede a los franquiciatarios, en virtud de la cual, ni el franquiciante ni los demás franquiciatarios de la red pueden vender el mismo producto dentro del territorio asignado en exclusiva¹¹⁹. En el caso concreto, en favor de la licitud del acuerdo discutido también se alegó la libertad de precios finales de venta al consumidor que había sido estipulada en el contrato en favor del franquiciatario¹²⁰, pacto que demostraba la libertad y capacidad de éste de competir en el mercado.

De otra parte, las cláusulas de **distribución y de compra en exclusiva**, también han sido objeto de estudio por el TDC cuando se ha sometido a su autorización los sistemas de distribución de combustibles y de carburantes¹²¹. Varios comentarios merece esta tipología de contratos y el alcance que en desarrollo de los mismos se ha dado a los pactos de exclusividad:

¹¹⁸ Sobre el punto, también el TDC ha considerado que las cláusulas de aprovisionamiento exclusivo no pueden acompañarse de la conminación o la imposición de sanciones en caso de trasgredirse dicha acuerdo. Ver al respecto la Resolución del TDC de 21 de octubre de 2002, expediente 527/2001 en la cual se dispuso: *“Por ello, el Tribunal considera acertada la conclusión a la que llegó el Servicio de que si bien Repsol Butano puede exigir en favor del prestigio de su marca de Servicio Oficial que los accesorios o elementos utilizados por sus franquiciados en la prestación del servicio objeto de contrato tengan unas garantías en cuanto a que cumplan las especificaciones técnicas establecidas, sin embargo no se puede reforzar esa lícita exigencia conminando a los franquiciados con la rescisión del contrato si los productos utilizados no son los distribuidos por Repsol Butano o por proveedores homologados porque ello puede disuadirles de utilizar los de la competencia”*.

¹¹⁹ Se trata de argumentos relativos a las eficiencias que derivan de la exclusividad y que en determinados supuestos compensan las restricciones que de ella se derivan.

¹²⁰ Resolución del TDC de 11 de noviembre de 2004, expediente r 621/04, *Tele Pizza*: *“En definitiva las consideraciones acerca del precio de un input de compra obligatoria para la elaboración del producto franquiciado quedan neutralizadas por la política de libertad de precios finales y por la distribución territorial en exclusiva (que supone, de hecho, la ausencia de competencia entre franquiciados o entre franquiciador y franquiciatario) y en todo caso, el interés económico general quedaría a cubierto al ir cosidas las estrategias de supervivencia en el mercado del franquiciado y del franquiciador”*.

¹²¹ Esto puede deberse a las previsiones especiales que sobre la distribución exclusiva de cerveza y de carburantes que se incluían en el Reglamento 1984/1983. En España sobre la distribución de carburantes

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que esta clase de contratos puede adoptar diversas modalidades, así, puede ocurrir: (i) Que el minorista sea propietario del terreno y el fabricante sólo abandere la estación y suministre los combustibles, o (ii) Que el minorista sea propietario del terreno sobre el cual se edifica la estación por parte del productor, el cual arrienda la estación, la abandera y suministra los combustibles y lubricantes. En el segundo caso la exclusividad encuentra un mayor sustento por las cuantiosas inversiones que ha debido hacer el productor en favor de la actividad de su distribuidor. La exclusividad compensa o constituye una retribución al empresario que ha hecho cuantiosas inversiones en el desarrollo de un negocio.

En segundo lugar, habrá que tener en cuenta si el contrato celebrado entre el fabricante de combustibles y el distribuidor se ha hecho bajo la modalidad de agencia o comisión o, bajo la modalidad o régimen de reventa propiamente dicho. En el primero de los casos, una vez que se ha verificado que se trata de un verdadero contrato de agencia o comisión -con independencia del nombre que le hayan asignado las partes-, éste se considerará exento de la aplicación de la prohibición de los acuerdos restrictivos y por tanto se admitirán como válidas las cláusulas de compra y de distribución exclusiva que se hayan incluido en el mismo. En el segundo caso, es decir, cuando el contrato se ha celebrado bajo el régimen de reventa, será necesario un análisis más detallado sobre el alcance de la exclusividad y los efectos restrictivos que se desprenden del pacto para definir si se trata de un acuerdo lícito o si es posible su exención.

Como tercer aspecto, habrá que considerar que en el marco de estos contratos es frecuente que se prevea una restricción en cuanto a la publicidad que puede realizar el distribuidor dentro de la estación de servicio, así como la limitación que se impone a éste en cuanto a los productos que pueden emplearse en los equipos de propiedad de la empresa productora que se han instalado dentro del establecimiento respectivo. Sobre estos puntos, el TDC ha considerado, en primer lugar, que no puede restringirse la publicidad que utilizan los distribuidores y en consecuencia ha señalado que debe permitirse tanto la promoción como la venta de productos que compiten con los del fabricante y, en segundo lugar, respecto de la prohibición de utilizar productos competidores, ha estimado que se trata de una restricción razonable para cuando en el suministro o el uso de los productos se utilizan equipos de propiedad del fabricante, por lo cual considera que estos pactos son válidos.

Además de lo anterior, hay que considerar, que en la mayoría de estos contratos, tanto las partes como los consumidores han cuestionado ante el TDC, la conducta del fabricante consistente en otorgar mejores condiciones a los titulares de instalaciones fijas que a las estaciones de servicios con quienes se tienen suscritos contratos de compraventa en exclusiva¹²². En estos eventos, el TDC ha denegado la petición encaminada a que se declare la

se destacan, entre otras, las Resoluciones del TDC del 18 de noviembre de 1995 expediente 365/1995, 22 de noviembre de 1995 expediente R 118/1995, del 20 de marzo de 1996 expediente R 139/1995, del 23 de diciembre de 1996, 1 de abril de 1998 expediente R 280/1997, 10 de noviembre de 1998 expediente 488/2000, 28 de enero de 1999 expediente 399/1997, 19 de mayo de 1999, 20 de abril de 1999, 27 de julio de 2000 expediente 468/1999, 31 de mayo de 2002 expediente 520/2001, 21 de octubre de 2002 expediente 527/2001.

¹²² Resolución del TDC de 22 de noviembre de 1995 expediente R 118/1995: “b) Que, aunque diéramos por supuesta la existencia de posición de dominio por parte de alguna empresa o conjunta por parte de las tres empresas denunciadas, no cabe calificar de abusivo el comportamiento de dichas empresas. En efecto, no cabe hablar de discriminación en materia de precios o comisiones por cuanto no se puede afirmar que se aplique un tratamiento desigual a situaciones idénticas. En este caso, las condiciones

existencia de actos de discriminación y ha estimado que el trato diferencial se encuentra plenamente justificado por las distintas inversiones que en uno y otro caso se deben realizar en las estaciones de servicio. Así, la valoración de la exclusividad, ha dependido de la aplicación de criterios de orden económico con base en los cuales se ha considerado que a mayor inversión del fabricante mayor razonabilidad comporta el uso de la exclusividad, pues esta se constituye en una herramienta para garantizar la fidelidad del distribuidor y para evitar la desviación de su inversión en favor de otros fabricantes.

En general y ya no sólo en referencia a los contratos de suministro y distribución de combustibles, se considera que en todos los casos en que el acuerdo no pueda calificarse como de agencia o comisión propiamente dicho, las cláusulas de compra y de distribución en exclusiva se consideran restrictivas de la competencia¹²³ pero susceptibles de exención a través de la aplicación de los REC (anteriormente concedida con base en los Reglamentos 1983/83 y 1984/83 y actualmente bajo la aplicación del Reglamento 2790/1999) o de la concesión de una autorización individual hoy sustituido por el mecanismo de la autoevaluación.

Precisamente, ha sido en el curso de los procesos de concesión de autorizaciones singulares que el TDC ha condicionado la autorización del acuerdo y la validez y ejecutabilidad del contrato a la modificación o la eliminación de las cláusulas restrictivas e innecesarias, veamos algunos casos:

En la Resolución de 26 de diciembre de 1995, expediente A-118/1995, el TDC autorizó la celebración y ejecución de un contrato de distribución en exclusiva de zapatos de lujo otorgado a la empresa GAFA por parte de la empresa Sebazo, una vez que las partes del acuerdo

económicas aplicadas a las estaciones de servicio son diferentes a las aplicadas a los mayoristas y a los suministradores de instalaciones fijas y las comisiones pagadas a estos últimos superiores a las establecidas para aquéllas; pero estas diferencias se justifican porque las inversiones que los operadores petrolíferos realizan en las estaciones de servicio son muy elevadas y no tienen correspondencia con los otros sistemas de distribución”.

¹²³ Resolución del TDC de 30 de noviembre de 1998, expediente 389/1996: “La distribución exclusiva supone, en principio, la infracción del artículo 1 LDC, si bien en determinadas circunstancias debe considerarse autorizada. El sistema español consiste en autorizar los contratos de distribución exclusiva en los que el fabricante se compromete a entregar exclusivamente a un distribuidor las mercancías para su reventa en una parte del territorio nacional siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento 1983/1983 de la Comisión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1.a) del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero. Por lo tanto, será preciso analizar si las cláusulas mencionadas están incluidas en las que permite el citado Reglamento comunitario para poder acogerse a la exención por categorías a que se refiere el artículo 5 LDC”. Ver también la Resolución del TDC de 12 de septiembre de 2003, expediente 537/2002: “OCTAVO El quinto cargo del Informe del Servicio imputa a REVISA Y VILESA pactos de exclusiva que aseguran a VILESA como único comprador del vidrio recuperado por REVISA en su zona y a REVISA como único vendedor a VILESA del vidrio recuperado en la zona asignada. (...)El Tribunal no puede estimar esta alegación ya que considera que, en realidad, la tercera estipulación del contrato, examinada en su integridad, no hace sino reforzar la doble exclusividad ya establecida en las dos estipulaciones anteriores (ver el quinto Hecho Probado). En efecto, el primer párrafo de la estipulación invocada por VILESA señala rotundamente que de todo el vidrio recuperado por REVISA en su zona de actuación, VILESA tendrá la exclusividad de compra y podrá asimismo exigir a REVISA el incremento posible en su recogida para estar suficientemente abastecida. El contrato constituye, pues, uno de los acuerdos que el artículo 1 LDC prohíbe y el Tribunal debe declararlo así, sin perjuicio de considerar que no procede la imposición de multas dada la escasa cuantía, en este caso, del mercado afectado por el contrato”.

modificaron las cláusulas que imponía al distribuidor una restricción sobre los precios de venta de los productos y el comercio paralelo.

En la Resolución del 10 de enero de 1997, expediente A-168/1996, el TDC aprobó la utilización del contrato tipo de distribución exclusiva de máquinas fotocopiadoras y consumibles de la empresa Minolta, bajo la condición de que se eliminaran las cláusulas relativas a la imposición de precios de reventa, la prohibición de utilizar repuestos y consumibles de marcas diferentes por fuera del periodo de garantía y las restricciones al comercio paralelo.

En la Resolución de 25 de febrero de 1998, expediente A-230/1997, el TDC impuso a la empresa cervecera Mahou como condición para la autorización del contrato de distribución en exclusiva, la modificación de la cláusula en la cual se exigía al concesionario o distribuidor el suministro de información detallada sobre los compradores del producto, el volumen de compra y los periodos de compra; en este caso, el TDC estimó que además de restrictiva, la cláusula no resultaba necesaria ni indispensable para el adecuado desarrollo de la relación contractual.

Tratándose de **contratos de distribución en exclusiva**, el TDC ha señalado que la prohibición de suministro y de uso de repuestos y consumibles de marcas diferentes a las del fabricante, son cláusulas lícitas, válidas y que se encuentran justificadas siempre que su duración haga referencia al periodo de garantía del producto; también entiende como razonables las cláusulas a través de las cuales se exige al distribuidor la utilización de repuestos de determinada calidad o que cumplan ciertos estándares durante este mismo periodo. En ambos casos se considera que en vigencia de la garantía el fabricante debe responder por la idoneidad y calidad del producto, lo cual justifica las exigencias que éste pueda formular en relación con los repuestos y suministros que se emplean por parte de su distribuidor. En ningún caso se considera razonable que estas restricciones se extiendan fuera del periodo señalado o a todo tipo de los productos competidores.

Por las mismas razones, las cláusulas de aprovisionamiento exclusivo a través de las cuales se impone al distribuidor la obligación de adquirir las piezas de recambio de su proveedor o de terceras empresas indicadas por éste, y su utilización en la reparación y la prestación de servicios de mantenimiento, se consideran lícitas siempre que tengan como límite el periodo de garantía del producto.

En todos los casos mencionados anteriormente, la autorización individual de las cláusulas de exclusividad ha estado justificada en razón de los beneficios que se desprenden de su uso, fundamentalmente aquellos relacionados con la mejora en los servicios de distribución, la prestación de servicios técnicos y de asesoría, la promoción de la competencia intermarcas y, desde luego, la ventaja que otorgan al distribuidor para introducirse e instalarse en un mercado, e igualmente, en razón de los beneficios que se desprenden del pacto en favor de los consumidores, relativos a la prestación más eficiente y directa de servicios posventa¹²⁴.

¹²⁴ Resolución del TDC del 10 de enero de 1997, expediente A 168/1996: *“TERCERO.- No obstante, los contratos de distribución exclusiva presentan una serie de ventajas económicas tales como la racionalización y mejora de la comercialización de los productos o la prestación de unos servicios de asesoramiento y asistencia técnica a los usuarios. Además estimulan la competencia entre marcas de diferentes fabricantes y constituyen el medio más eficaz para que éstos puedan introducirse rápidamente en nuevos mercados y afrontar la competencia de otros fabricantes. Y por último, benefician a los consumidores ya que pueden acceder en mejores condiciones a una más amplia gama de productos. Por estas razones dichos contratos pueden ser dispensados de la prohibición”*. Sobre el tema también puede verse la Resolución del TDC de 27 de julio de 2000, expediente 468/1999: *“CUARTO A la hora de realizar*

Las autorizaciones concedidas también han pasado por analizar la razonabilidad de la exclusividad en cuanto al mercado en el cual pretenden introducirse y en cuanto a la vigencia temporal del pacto. Así, por ejemplo, se ha señalado que la restricción que deriva de la exclusividad facilita el ingreso al mercado o el posicionamiento de un nuevo producto, por lo que su uso se encuentra justificado sólo durante la etapa de introducción del producto o durante un periodo corto de tiempo que en ningún caso puede ser ilimitado¹²⁵.

En ocasiones, el TDC ha autorizado los acuerdos de exclusividad bajo la estimación de que estos pactos resultan necesarios o indispensables para obtener la finalidad prevista por las partes al contratar, siempre que además a través de ellos no se elimine la competencia en forma absoluta, en otros términos siempre que pueden excluirse de la prohibición bajo la aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias:

En el caso resuelto a través de la Resolución de 9 de enero de 2002, expediente A-305/2001, el TDC concedió una autorización singular a Iberia Líneas Aéreas de España SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, Grupo Banco Popular (Banco Popular Español, SA, Banco de Andalucía, SA, Banco de Castilla, SA, Banco de Crédito Balear, SA, Banco de Galicia, SA, Banco de Vasconia, SA y Bancopopular-E, SA) y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid para constituir una empresa en común, cuya actividad consistiría en la emisión y comercialización de medios electrónicos de pago y especialmente de determinadas tarjetas de pago. El acuerdo cuyo desarrollo se sometió a la evaluación del SDC y del TDC incluía una serie de cláusulas de exclusividad que impedían a Iberia SA desarrollar acuerdos similares con otras entidades financieras y a estas prestar sus servicios financieros (emisión de tarjetas) a otras compañías competidoras de Iberia¹²⁶.

la calificación jurídica de los hechos que se declaran probados, es preciso poner de manifiesto que los acuerdos verticales de distribución exclusiva constituyen, en principio, conductas incluidas en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto pueden restringir la libertad comercial de las partes contratantes. Considerando, sin embargo, los efectos beneficiosos que esta clase de acuerdos aporta a la distribución, promoción y comercialización de los productos, así como que tales acuerdos estimulan la competencia entre productos de diferentes fabricantes, la Comisión Europea dictó el Reglamento 1984/83, de exención por categorías, por el que declaraba no aplicable el artículo 85 del tratado de la CEE a los acuerdos de distribución exclusiva que cumplieran. Igualmente resulta interesante consulta el texto de la Resolución del TDC del 31 de mayo de 2002, expediente 520/2001.

¹²⁵ Resolución del TDC del 1 de marzo de 2000, expediente 454 de 1999: “Es por ello, que si bien, como queda dicho, se estima que ha de concederse autorización a dicho contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.1 LDC, el Tribunal considera que no se puede otorgar en los términos en los que el mismo se presenta pues, como se ha señalado, resulta excesivo un plazo de cinco años para la concesión de la exclusividad, por lo que dicha exclusividad no ha de exceder el plazo de un año, tiempo que parece prudente para posibilitar la consolidación del nuevo mercado”.

¹²⁶ Resolución del TDC del 9 de enero de 2002, expediente A- 305/2001: “SEPTIMO Otro problema con posible afectación para la competencia, también estudiado a fondo por el Servicio, pudiera provenir de que el acuerdo para el que se pide autorización incorpora dos cláusulas explícitas de exclusiva que suponen una restricción de la competencia. Según la primera, Iberia se compromete a no alcanzar acuerdos, durante cinco años, con otras entidades financieras para la emisión de una tarjeta de marca compartida o para la venta de puntos Iberia Plus relacionados con medios de pago. De acuerdo con la segunda, las entidades financieras se comprometen a no alcanzar acuerdos, durante cinco años, para emitir tarjetas de marca compartida o similares, así como se obligan a no asignar puntos de otros programas de fidelización de líneas aéreas (cláusula 18.1 y 2) (...) Las prohibiciones de competencia se imponen a los fundadores para proteger a la sociedad durante su fase de afianzamiento en el mercado,

De las conclusiones del TDC en este caso parece posible concluir –aunque no se haya hecho mención expresa del tema en la Resolución- la aceptación y aplicación de la teoría de las restricciones accesorias, conforme a la cual, la exclusividad de carácter recíproco además de resultar indispensable no eliminaba en forma absoluta la competencia dentro del mercado¹²⁷.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que la doctrina de las restricciones accesorias no tuvo en el caso que se viene comentando el alcance que a la misma se le otorga por parte de la doctrina Norteamericana y por parte las autoridades comunitarias, pues el TDC -sin mencionar dicha doctrina- parece limitar su aplicación y alcance, al señalar que la necesidad y la racionalidad del acuerdo justifica su autorización pero no resulta suficiente para validar o considerar la licitud del mismo.

La admisión de la doctrina de las restricciones accesorias también parece evidente si se tienen en cuenta las consideraciones hechas en la Resolución de 27 de febrero de 2000, expediente 542/2002, en la cual se dispuso que la exclusividad conferida por la empresa de transporte municipal de Pamplona con relación al pago de tarifas reducidas por el uso de la tarjeta monedero expedida por dos entidades de crédito, era un acuerdo lícito y ejecutable¹²⁸.

La necesidad, la importancia y la coherencia de las cláusulas de exclusividad en el ámbito contractual también han sido reconocidas por el Tribunal Supremo. En efecto, en la Sentencia del 15 de marzo de 2001¹²⁹ se dispuso: **“A efectos dialécticos la aplicación del apartado 12 c) al contrato de autos no podría decretarse sin más, la inexistencia del pacto de exclusiva pues precisamente fue el establecimiento de dicho pacto por período de larga duración, 35 años, la causa de la concesión al comprador de tan importantes ventajas**

prohibiéndoles que participen en proyectos competidores con el negocio de la sociedad, que es la emisión de tarjetas con la marca de Iberia. (...) Por otra parte, la prohibición de que entren otras empresas en la distribución de las tarjetas es una consecuencia de la limitación del número de tarjetas a emitir, exigida por su naturaleza, que hace económicamente innecesaria la entrada de nuevos distribuidores y, además, desde el punto de vista de la demanda, también es limitado el número de personas que tienen interés en ellas, circunscribiéndose a las personas que viajan frecuentemente. Se debe añadir así mismo que con las prohibiciones de competencia se protege la información sensible transmitida a los fundadores y se evita el conflicto de intereses que se produciría si la misma entidad distribuyera también productos de otras compañías aéreas competidoras de Iberia”.

¹²⁷ Resolución del TDC del 9 de enero de 2002, expediente A- 305/2001: “(...) Los interesados concluyen con lógica empresarial que estas restricciones accesorias tienen carácter necesario para la sociedad. El Servicio entiende que, si no como restricciones absolutamente necesarias para el funcionamiento de la sociedad, tienen suficiente justificación, si además se considera el escaso peso que en el mercado relevante tendrán las tarjetas de Iberia, como para que sean mantenidas en la autorización del acuerdo”. Cabe en todo caso destacar que bajo el voto disidente, dos vocales del TDC consideraron que el acuerdo debía someterse al procedimiento de control de concentraciones y no a la aplicación de las disposiciones sobre autorizaciones individuales.

¹²⁸ Resolución del TDC del 27 de febrero de 2003, expediente R-542/2002: “(...) Así, para el Tribunal, la cláusula de exclusividad se justificaba, desde el conjunto del acuerdo, por las condiciones económicas que reportaba, en general, y para los usuarios, en particular, lo que la hacía proporcionada y necesaria para la implantación del nuevo sistema de pago, sin contravenir la LDC. Estas condiciones son las relativas a los términos en que se pactaron la distribución y recarga de las tarjetas, así como las comisiones e inversiones a realizar, no habiéndose demostrado que las condiciones de las denunciadas fueran más favorables o que llegara a remitirse a COTUP ni siquiera un proyecto de las mismas”.

¹²⁹ Sentencia dictada en el trámite del recurso de casación No. 524/1996 con ponencia de Don Luís Martínez-Calcerrada Gómez.

económicas y financieras, (...), por lo que de declarar ineficaz el pacto de exclusiva habría de decretarse igualmente la inexistencia del contrato suscrito por los litigantes en su integridad al desaparecer con la supresión de la cláusula de exclusiva la que constituye la causa del contrato para el proveedor (arts. 1274 y 1261 CC) y en evitación del enriquecimiento sin causa, que obtendría el titular de la estación de servicio con la supresión de la exclusiva, situación que no puede ser amparada por una resolución judicial»”. Las negrillas son del texto.

No obstante todos estos antecedentes favorables sobre el análisis de la exclusividad, hay que tener en consideración que:

- (i) En ningún caso hay lugar a su exención cuando a través de estos pactos se restringe el comercio paralelo¹³⁰; en otros términos, esta clase de restricciones ni se encuentran cobijados por el Reglamento 2790/99 ni son susceptibles de exención a través del procedimiento de autoevaluación¹³¹.
- (ii) Tampoco pueden autorizarse los acuerdos de distribución exclusiva cuando no existe competencia intermarca o cuando además esta restricción constituya una barrera de acceso al mercado¹³² y,
- (iii) Los pactos de compra en exclusiva no podrán ser autorizados ni individual ni colectivamente, cuando quien impone la exclusividad es un operador que tiene posición de dominio dentro del mercado de que se trate¹³³.

¹³⁰ Resolución del TDC de 17 de diciembre/1999, expediente 408/1997.

¹³¹ En este punto los fines de la integración comunitaria impactan en forma directa las normas de libre competencia españolas, se considera como un fin, la protección del comercio intracomunitario, de forma que todos aquellos pactos que afecten la integración y el funcionamiento del mercado único se consideran ilícitos y no autorizables.

¹³² Resolución del TDC de 21 de octubre de 2002, expediente 527/2001 *“Pero es más, la existencia de la propia extensa red de distribuidores podría constituir una barrera de acceso a la actividad en una situación de mercado realmente de monopolio, precisamente una vez que la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, ha establecido la liberalización de la comercialización minorista de los GLP envasados. Asimismo, el contrato de distribución cuestionado, en estas condiciones de dominio absoluto, puede suponer, como soporte del mismo, un medio eficaz de cerrar un mercado mediante acuerdos que facilitan la integración vertical, pero que debería abrirse porque imponen a los distribuidores obligaciones tendentes a rebajar la intensidad de competir con otros revendedores y a limitar su capacidad de negociación con el propio proveedor, cuando no existe competencia inter-marca alguna que pudiera pretender su justificación”*.

¹³³ Resolución del TDC de 26 de febrero de 1999, expediente 413/1997: *“El hecho de que una empresa en posición dominante vincule a los compradores, aunque sea a instancia de éstos -mediante una obligación de abastecerse respecto de la totalidad o gran parte de sus necesidades-, constituye una explotación abusiva de la posición dominante, independientemente de que se estipule sin más o tenga su contrapartida en la concesión de descuentos (Hoffman La Roche, Akzo/Comisión). Esta solución se justifica por el hecho de que, cuando un operador dispone de una posición fuerte en el mercado, la celebración de contratos en exclusiva respecto de una proporción importante de las compras, constituye un obstáculo inaceptable a la entrada en el mercado (British Gypsum. punto 68). Si bien la existencia de una posición dominante no priva a la empresa que se encuentra en ella del derecho a proteger sus intereses comerciales y puede realizar los actos que considere adecuados para proteger sus intereses, no cabe admitir tales comportamientos cuando su objeto es reforzar la posición dominante y abusar de ella (United Brands/Comisión) (British Gypsum. punto 68)”*.

En definitiva, es posible afirmar que si bien todas las cláusulas de exclusividad implican una limitación de la competencia, no todas ellas se encuentran prohibidas¹³⁴; para que opere la prohibición se requiere que el acuerdo cumpla con los requisitos establecidos en el art. 1.1 de la NLDC y, que además no pueda excluirse con base en ninguna de las teorías o doctrinas que tiene como finalidad la reducción del alcance de la prohibición, ni a través de la aplicación del art. 1.3. de la NLDC ni con base en un REC.

De las anteriores consideraciones resulta claro que si se estudia y se observa con detenimiento todo el proceso de valoración de las cláusulas de exclusividad, es posible concluir -al igual que se hizo en el capítulo I de este trabajo- que tras un largo proceso aquellas que resultan prohibidas son escasas y mucho más escasas aún las que se sancionan. Existe, por tanto, un desgaste innecesario por parte de los particulares y de la administración en cuanto se refiere a la valoración o estimación de esta clase de acuerdos por lo que sería conveniente y urgente su reformulación.

Así las cosas, para evitar un desgaste innecesario de los operadores involucrados en el manejo de estos pactos, la solución en nuestro criterio consiste en replantear el proceso de valoración.

Se propone, como ya lo hizo el profesor CESAR GINER PARREÑO en relación con los pactos de distribución restringida, tener como punto de partida una presunción *iuris tantum* sobre la legalidad de las cláusulas de exclusividad, la cual, se admite, puede desvirtuarse tanto por las autoridades de competencia como por parte de aquellos empresarios que puedan resultar perjudicados por el acuerdo.

Esta propuesta sobre una nueva forma de valoración de los pactos de exclusiva, se justifica, entre otras, por las siguientes razones:

- a. Por regla general este tipo de acuerdos se encuentra incorporados en contratos con objeto y causa lícita (acuerdos que no tiene por objeto restringir la competencia) por lo que en principio el único efecto que tienen estas cláusulas es el de facilitar el cumplimiento de la finalidad contractual prevista por las partes.
- b. Son cláusulas que permiten modelar los tipos contractuales a los fines e intereses particulares y que en ocasiones resultan indispensables para que las partes decidan celebrar un contrato determinado en los términos por ellas establecidos.
- c. Son necesarias para la operatividad dentro de un mercado determinado, tanto como herramientas para facilitar el ingreso y posicionamiento de nuevos empresarios como para garantizar su permanencia y éxito dentro del mismo.

¹³⁴ BERCOVITZ, Alberto. Ob. Cit., p. 313: *“Entres las restricciones verticales de la competencia tiene la mayor importancia los pactos contractuales de exclusiva, en virtud de los cuales una o ambas partes del contrato se obligan a no aceptar de terceras personas o a no realizar para ellas las prestaciones que son objeto de la relación contractual. Estas cláusulas de exclusiva son habituales en contratos de suministro, compraventa, distribución o agencia. Por supuesto la cláusula de exclusiva limita la actividad competitiva de la parte que asume la obligación correspondiente. Pero la limitación subjetiva de competir no implica necesariamente una restricción de la competencia prohibida por los artículos 81 del TCE o 1 LDC; para que la prohibición opere no basta con una limitación subjetiva de competir, sino que es preciso que esa limitación afecte a la competencia en el mercado delimitado objetivamente”*.

- d. Un sistema que parte de la presunción de legalidad se ajusta mejor a los principios y finalidades de un sistema de excepción legal establecido a través de la Ley 15/2007.
- e. Igualmente, este sistema de presunción de legalidad, se ubica dentro de la línea que sigue el Derecho Comunitario y recientemente el Español, de dar mayor prioridad al análisis económico del derecho y a la valoración de las eficiencias.

En este orden de ideas, las autoridades deben partir de la presunción de legalidad del acuerdo de exclusiva y tendrán a su cargo (de oficio o por petición de parte) la carga de demostrar el carácter restrictivo e ilegal del acuerdo. Sobre este punto, el profesor GINER PARREÑO propone, en relación con los sistemas de distribución restringida, siendo su propuesta perfectamente aplicable al tema de la valoración de las cláusulas de exclusividad, los varios elementos que la autoridad de competencia debe acreditar para desvirtuar la presunción de legalidad del acuerdo, a saber:

- a. Demostrar que las cláusulas de exclusiva se utilizan por parte de empresas que tienen poder de mercado.
- b. Que las cláusulas hacen parte de un conjunto de acuerdos de naturaleza similar dentro del mercado y por tanto que existe un efecto acumulativo de esta clase de pactos que tiene como consecuencia el cierre del mercado.
- c. Que no existe en el mercado de referencia competencia entre los sistemas de distribución (intertype competition).
- d. Que se restringe el comercio paralelo.

Esta propuesta alternativa sobre la forma en que deben valorarse los pactos de exclusiva, se encuentra en consonancia con la implementación del sistema de excepción legal, además permite descongestionar a la autoridad de competencia de trámites innecesarios, dota de agilidad el comercio y, permite una interpretación coherente de las normas de libre competencia en armonía con la corriente de derecho comparado que aboga por una reducción del ámbito de aplicación de la prohibición de los acuerdos restrictivos en favor de un mayor campo para el desarrollo de la autonomía privada.

Del desarrollo adecuado del sistema de exención legal dependerán los avances en la reformulación de la valoración de los acuerdos de tipo vertical, proceso que desde luego deberá estar acompañado de un sistema que cada vez da más fuerza al análisis económico de las conductas, en especial, a los argumentos de eficiencia y que dé igualmente mayor fuerza protagónica a la aplicación privada de las normas de libre competencia. Las bases ya se encuentran asentadas, luego, habrá que esperar como deviene la actuación de las autoridades competentes en la lucha por alcanzar estos objetivos.