

1. Introducción

El artículo 4 de la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC)² constituye sin duda el “talón de Aquiles” del régimen prohibitivo de las prácticas anticompetitivas contenido en el Capítulo I del Título I de la LDC. En él se contiene una cláusula de excepción y justificación para ciertas restricciones de la competencia, que —en principio— estarían prohibidas, pero que no pueden ser perseguidas por las autoridades al gozar de amparo legal. En efecto, se trata de conductas que aunque se podrían encuadrar en alguna de las infracciones contenidas en la LDC —se trataría de conductas *típicas*— no se pueden perseguir ni sancionar por las autoridades al gozar de autorización en una ley o haber sido adoptadas de acuerdo con una ley —se trata de conductas *no antijurídicas*—³.

Como ocurre en otros Ordenamientos, y ocurría también bajo la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (artículo 2.1)⁴, en el nuevo artículo 4 se establece un límite en la aplicación de las normas de defensa de la competencia derivada de la propia acción del Estado o de los organismos públicos. Con esta disposición el legislador reconoce la existencia de intervenciones públicas que distorsionan la competencia y establece los límites a las normas e intervenciones públicas que restringen o facilitan la restricción de la competencia⁵.

La relevancia de esta exención es mayúscula pues la experiencia demuestra cómo, a medida que aumenta la aplicación de las prohibiciones de defensa de la competencia, multiplicándose los procedimientos y las sanciones, las empresas se esfuerzan en conseguir que las restricciones al funcionamiento competitivo del mercado se introduzcan o incorporen en normas jurídicas o intervenciones públicas para evitar la aplicación de las prohibiciones. Estas estrategias han sido seguidas con éxito por las empresas en los países que cuentan con sistemas de defensa de la competencia más avanzados⁶. Se comprueba, además, que son más eficaces y efectivas para garantizar y asegurar el propósito anticompetitivo, sin suscitar los riesgos y los peligros que generan las restricciones privadas a la competencia⁷.

¹ Director del Servicio de Defensa de la Competencia, Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, francisco.marcos.fernandez@madrid.org. Las opiniones que se expresan en este artículo son fruto de una reflexión de carácter estrictamente personal y no representan necesariamente las del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

² BOE nº 159, de 4 de julio de 2007 (págs. 28848-28872).

³ El paralelismo con las causas de exclusión de la antijuridicidad penales es bastante ilustrativo, véase el magnífico trabajo de Manuel Rebollo Puig, “Reglamentos y Actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al prof. Dr. Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid 2003, págs. 721-723.

⁴ BOE nº 170, de 18 de julio de 1989 (págs. 22747-22753).

⁵ Una buena visión general del problema en Deborah Platt Majoras, “State Intervention: A State of Displaced Competition”, *George Mason Law Review*, vol. 13, nº 6 (2006) págs. 1175-1187 (que subraya la importancia de la labor de abogacía de la competencia y de promoción de una cultura de la libre competencia ante los poderes públicos para abortar y prevenir este tipo de intervenciones, *id.*, pág. 1182).

⁶ Naturalmente también lo son, y aún en mayor medida, en los países en vías de desarrollo, cuando inicialmente instauran una política y legislación de competencia, véase Roger Alan Boner, “Antitrust and State action in transition economies”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 43, nº 1 (primavera 1998) págs. 80-100.

⁷ Véase Timothy J. Muris, “State Intervention/State Action – A U.S. Perspective”, 2003 *Fordham Corporate Law Institute*, International Antitrust Law & Policy (ed. Barry Hawk) Juris Publishing, Huntington (NY) 2004, págs. 518-519 (“as a competition system achieves success in attacking private restraints, it increases the efforts that firms will devote to obtain public restraints. [...] Indeed, rational firms are likely to prefer public, governmental restraints, assuming that they are confident in their ability to secure such restraints. In many ways, public restraints are far more effective an efficient at restraining competition”) y pág. 537 (“The struggle to forestall private trade restraints is unavailing if public measures to suppress rivalry are readily available, easily accessible substitute.”)

El objetivo del artículo 4 de la LDC, formulado en términos de exención de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas contenidas en la LDC, es cohonestar la política de competencia con otras políticas, normas e intervenciones públicas que en su ejecución o consecución práctica causan o provocan incidental e ineludiblemente prácticas anticompetitivas de los agentes económicos o resultados anticompetitivos de sus conductas. Se trata, por tanto, de causas de exención o justificación que existen al margen de la LDC, en la que —como es sabido— se contempla un sistema propio de excepciones (véase artículo 1.3, 1.4 y 1.5 de la LDC)⁸.

La relevancia de la disposición salta a la vista dado que son muchas las normas jurídicas o intervenciones públicas en el sistema de mercado que pueden provocar restricciones a la competencia, por ínfimas que éstas sean, o que pueden inducir al comportamiento anticompetitivo de los agentes. El propósito del artículo 4 de la LDC es precisamente trazar los límites a la introducción de restricciones a la competencia por el Estado y los poderes públicos, con arreglo a criterios predominantemente formales (atendiendo al rango de la disposición en la que se contiene la restricción).

El fundamento último de la exención es que no puede pretenderse que los principios de libre competencia en el mercado que inspiran la LDC sean aplicables o exigibles a otras políticas o intervenciones públicas que se fundamentan o justifican en otros objetivos y valores constitucionales, distintos de la libre competencia, pero que son igualmente plausibles⁹. La lógica de la competencia en el mercado es saludable en muchas circunstancias, pero puede resultar errónea y profundamente distorsionadora en algunos casos. Por eso, las normas de defensa de la competencia y la hipotética actuación de las autoridades encargadas de su aplicación, constituyen una herramienta inapropiada para trazar los límites y corregir los eventuales excesos de las políticas e intervenciones públicas¹⁰. En efecto, el Derecho de defensa de la competencia tiene como objetivo prevenir la realización de prácticas restrictivas de la competencia por los operadores en el mercado, y no el control y la corrección de las normas jurídicas que restringen la competencia. Independientemente de la formulación concreta de la exención, no podría haber en ningún caso infracción de las prohibiciones cuando la restricción competitiva se produce directa y automáticamente por en una norma jurídica emanada del Estado o de las Comunidades autónomas. Para alcanzar ese resultado la exención no sirve¹¹. En efecto, lo que la exención hace es amparar las conductas de los operadores de mercado que, siendo anticompetitivas (*rectius* estando inicialmente prohibidas de acuerdo con el Capítulo I del Título I de la LDC), son el resultado inmediato de la aplicación de una norma con rango de ley formal. Las restricciones que no se hallen cubiertas por leyes formales, o que no cumplan los requisitos previstos para la obtención de una exención, podrán ser consideradas violaciones de las prohibiciones del Capítulo I del Título I de la LDC.

En nuestro país el artículo 2 de la Ley 16/1989 ha amparado durante muchos años las conductas restrictivas de la competencia de las empresas que se hubieran introducido a través de las normas administrativas y reglamentarias. Por ello, durante los años noventa diversas reformas de la Ley 16/1989 han ido reduciendo progresivamente el ámbito de la posible “*exención de la acción o intervención estatal*” a aquellas restricciones que se contenían en normas de rango legal.

⁸ Véase Jesús Alfaró Águila-Real, “Competencia desleal por infracción de normas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 202 (1991) págs. 668-669, que apunta cómo se trata de prácticas que son consideradas ilícitas si son examinadas exclusivamente desde el punto de vista del Derecho de la competencia (*ilicitud interna*), pero que resultan lícitas de conformidad a otras reglas del Ordenamiento (*licitud externa*).

⁹ El propio tenor de la Exposición de Motivos de la vieja LDC era especialmente claro en este sentido al afirmar que era «*compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado.*» Con otras palabras, véase Sebastián Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, La Ley, Madrid 1988, págs. 89-90.

¹⁰ La tensión es particularmente significativa entre la política de competencia y otras políticas públicas el caso de los servicios públicos, donde se suscita una rica problemática, véase Tony Prosser, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York 2005, *passim* (“*This world has a complex mixture of competitive markets, competition law, and public service values, each with their own role and value*”, id., pág. 236)

¹¹ En tal supuesto se limita la intervención de las autoridades de competencia a la elaboración de informes donde se pongan de manifiesto estos excesos y se proponga su supresión - ex art. 26.1.c) *in fine* de la LDC.

El objetivo del artículo 4 de la LDC, formulado en términos de exención de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas contenidas en la LDC, es cohonestar la política de competencia con otras políticas, normas e intervenciones públicas que en su ejecución o consecución práctica causan o provocan incidental e ineludiblemente prácticas anticompetitivas de los agentes económicos o resultados anticompetitivos de sus conductas. Se trata, por tanto, de causas de exención o justificación que existen al margen de la LDC, en la que —como es sabido— se contempla un sistema propio de excepciones (véase artículo 1.3, 1.4 y 1.5 de la LDC)⁸.

La relevancia de la disposición salta a la vista dado que son muchas las normas jurídicas o intervenciones públicas en el sistema de mercado que pueden provocar restricciones a la competencia, por ínfimas que éstas sean, o que pueden inducir al comportamiento anticompetitivo de los agentes. El propósito del artículo 4 de la LDC es precisamente trazar los límites a la introducción de restricciones a la competencia por el Estado y los poderes públicos, con arreglo a criterios predominantemente formales (atendiendo al rango de la disposición en la que se contiene la restricción).

El fundamento último de la exención es que no puede pretenderse que los principios de libre competencia en el mercado que inspiran la LDC sean aplicables o exigibles a otras políticas o intervenciones públicas que se fundamentan o justifican en otros objetivos y valores constitucionales, distintos de la libre competencia, pero que son igualmente plausibles⁹. La lógica de la competencia en el mercado es saludable en muchas circunstancias, pero puede resultar errónea y profundamente distorsionadora en algunos casos. Por eso, las normas de defensa de la competencia y la hipotética actuación de las autoridades encargadas de su aplicación, constituyen una herramienta inapropiada para trazar los límites y corregir los eventuales excesos de las políticas e intervenciones públicas¹⁰. En efecto, el Derecho de defensa de la competencia tiene como objetivo prevenir la realización de prácticas restrictivas de la competencia por los operadores en el mercado, y no el control y la corrección de las normas jurídicas que restringen la competencia. Independientemente de la formulación concreta de la exención, no podría haber en ningún caso infracción de las prohibiciones cuando la restricción competitiva se produce directa y automáticamente por en una norma jurídica emanada del Estado o de las Comunidades autónomas. Para alcanzar ese resultado la exención no sirve¹¹. En efecto, lo que la exención hace es amparar las conductas de los operadores de mercado que, siendo anticompetitivas (*rectius* estando inicialmente prohibidas de acuerdo con el Capítulo I del Título I de la LDC), son el resultado inmediato de la aplicación de una norma con rango de ley formal. Las restricciones que no se hallen cubiertas por leyes formales, o que no cumplan los requisitos previstos para la obtención de una exención, podrán ser consideradas violaciones de las prohibiciones del Capítulo I del Título I de la LDC.

En nuestro país el artículo 2 de la Ley 16/1989 ha amparado durante muchos años las conductas restrictivas de la competencia de las empresas que se hubieran introducido a través de las normas administrativas y reglamentarias. Por ello, durante los años noventa diversas reformas de la Ley 16/1989 han ido reduciendo progresivamente el ámbito de la posible “*exención de la acción o intervención estatal*” a aquéllas restricciones que se contenían en normas de rango legal.

⁸ Véase Jesús Alfaró Águila-Real, “Competencia desleal por infracción de normas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 202 (1991) págs. 668-669, que apunta cómo se trata de prácticas que son consideradas ilícitas si son examinadas exclusivamente desde el punto de vista del Derecho de la competencia (*ilicitud interna*), pero que resultan lícitas de conformidad a otras reglas del Ordenamiento (*licitud externa*).

⁹ El propio tenor de la Exposición de Motivos de la vieja LDC era especialmente claro en este sentido al afirmar que era «*compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado.*» Con otras palabras, véase Sebastián Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, La Ley, Madrid 1988, págs. 89-90.

¹⁰ La tensión es particularmente significativa entre la política de competencia y otras políticas públicas el caso de los servicios públicos, donde se suscita una rica problemática, véase Tony Prosser, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York 2005, *passim* (“*This world has a complex mixture of competitive markets, competition law, and public service values, each with their own role and value*”, id., pág. 236)

¹¹ En tal supuesto se limita la intervención de las autoridades de competencia a la elaboración de informes donde se pongan de manifiesto estos excesos y se proponga su supresión - ex art. 26.1.c) *in fine* de la LDC.