

InDret

La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque

Jesús Pintos Ager

**Facultad de Derecho
Universidad de la Rioja**

**Instituto Universitario de Derecho y Economía
Universidad Carlos III**

Barcelona, Julio de 2001

www.indret.com

Sumario

- Problemas y remedios: el carácter omnicomprendivo de las prohibiciones
- La necesidad de limitar el ámbito de la prohibición a las conductas con efectos significativos –*de minimis non curat praetor* y la *rule of reason*–.
- El problema: un mal uso de la técnica de la remisión
- Crítica de la interpretación del TDC
 1. Inseguridad jurídica
 2. Efecto útil e interpretación teleológica
 3. Economía procedimental
- Elementos básicos de la doctrina sobre remisiones estáticas y dinámicas
- ¿A quién afecta realmente el problema? Los órganos encargados de aplicar las exenciones por categorías en España
- Conclusión

Abreviaturas:

TDC: [Tribunal de Defensa de la Competencia](#)

SDC: [Servicio de Defensa de la Competencia](#)

LDC: [Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia \(BOE 170, de 18 de julio\)](#)

TCE: [Tratado constitutivo de la Comunidad Europea](#)

RD: Real Decreto

TPI: [Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea](#)

TJ CE: [Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas](#)

TS: Tribunal Supremo

AN: Audiencia Nacional

• ***Problemas y remedios: el carácter omnicomprendido de las prohibiciones***

El funcionamiento competitivo de los mercados está expuesto a dos grandes tipos de amenazas: los cárteles y los monopolios. En los primeros, un grupo de empresas individualmente carentes del peso necesario para alterar el funcionamiento de un mercado –precio–aceptantes– celebran pactos colusorios entre sí, con el fin de alcanzar el tamaño necesario para lograrlo, gracias a una unidad de actuación conjunta. En los segundos, en cambio, el poder de mercado de una única empresa le permite directamente manejarlo más o menos a su antojo, controlando simultáneamente precios y cantidades¹.

Frente a esa amenaza, el Derecho de defensa de la competencia reacciona con el siguiente menú de remedios, para la consecución de su objetivo, tanto a nivel nacional como comunitario:

- 1) Evitando el estrechamiento de mercados que servirían de caldo de cultivo para comportamientos oligopolísticos, a través del **control de concentraciones** ([cap. II, tit. I LDC](#) y [Reglamento 4064/1989](#)).
- 2) Prohibiendo y sancionando los **pactos colusorios** ([art. 1 LDC](#) y [art. 81 TCE](#)), como remedio específico frente a los cárteles.
- 3) Prohibiendo y sancionando los abusos de **posición dominante** ([art. 6 LDC](#) y [art. 82 TCE](#)), como respuesta típica a las ineficiencias ocasionadas por los monopolios.

Quizás al lector menos familiarizado con el Derecho de la competencia le resulte chocante la coexistencia de un ordenamiento nacional y otro comunitario, con contenidos aparentemente idénticos. Más ello es posible –y conveniente–, porque lo relevante en Derecho de la competencia es el lugar en que se producen los efectos de la conducta anticompetitiva, sobre todo si se repara en la conocida diferencia de objetivos entre los Derechos nacional y comunitario de la competencia. El segundo, además de la existencia de niveles socialmente deseables de competencia, ha de procurar la creación y desarrollo de un mercado común europeo.

Esa conexión se articula sobre el conocido principio de primacía de la norma comunitaria, la posibilidad de doble aplicación y los mecanismos de remisión expresa de asuntos a las autoridades nacionales: para no comprometer el efecto útil del Derecho comunitario originario, las autoridades nacionales de competencia no pueden adoptar medidas contrarias al Derecho comunitario de la competencia. Cuando ambas autoridades, comunitaria y nacional, decidan imponer sanciones, el art. 44 LDC permite la moderación o levantamiento de la segunda. Por último, la Comisión puede

¹ Como suele ocurrir en Economía, estos modelos más sencillos resultarían demasiado «ramplones». Para lograr una representación más ajustada de los mercados deben estilizarse más, para tener en cuenta toda la gama de posibilidades intermedias a las que suele enfrentarnos la realidad. Por eso estamos preparando un trabajo dedicado exclusivamente al análisis de la regulación de los oligopolios a través de la llamada «posición dominante colectiva» –la parte más interesante y necesitada de desarrollo del Derecho de la competencia–.

remitir un asunto para cuya resolución sea competente, a la o las autoridades nacionales afectadas –por ejemplo *ex art. 9 del Reglamento 4064/1989*, de control de concentraciones².

En resumen, las prácticas prohibidas que afecten al comercio entre los Estados miembros o restrinjan la competencia a nivel comunitario serán competencia de la Comisión, mientras que sólo aquellas conductas anticompetitivas con efectos localizados en un único Estado miembro corresponderán a su autoridad nacional de competencia. La regla es sencilla, pero como suele ocurrir, los problemas surgen en la línea divisoria que traza respecto al «efecto» o «dimensión» comunitaria del acuerdo. Este es el motivo por el que volveremos sobre la cuestión de la competencia del juez y las autoridades nacional y comunitaria más adelante.

De momento, comencemos por clasificar los remedios en dos grupos: las normas enunciadas en primer lugar son normas estructurales, que previenen la formación de mercados potencialmente «peligrosos» –*ex ante*–, mientras que las dos últimas son normas que persiguen el control de conductas a través del castigo –*ex post*–. Resulta por tanto aplicable a estas últimas el paradigma de sanción–disuasión, habitual en el análisis de cualquier institución sancionadora. Partiendo de las proposiciones básicas al uso, suponemos que los destinatarios de la norma son agentes racionales, que deciden sujetos a restricciones –escasez, información, presupuesto, conflictos de valores o intereses–, y a los que el sistema jurídico afecta en la toma de esas decisiones. Entonces podemos predecir que falsearán la competencia cuando los beneficios privados esperados superan el coste probable de hacerlo. Por eso el papel del Derecho de la competencia es, fundamentalmente, elevar ese coste privado de infringir las normas de competencia, es decir, «encarecer» esa opción a base de sanciones, frente a la de respetar las «reglas del juego», generando así desincentivos, pero ¿hasta dónde?

La mera lectura del tenor literal de los artículos mencionados permite comprobar que todas las medidas integrantes de este menú de remedios comparten el problema del carácter omnicompreensivo de las prohibiciones que definen como supuesto de hecho, muy especialmente en el ámbito de la prohibición que tanto el art. 81 TCE como el art. 1 LDC establecen sobre las prácticas restrictivas de la competencia.

En efecto, ambos artículos son muy poco selectivos a la hora de enunciar las conductas consideradas anticompetitivas que definen su supuesto de hecho: prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela –éstas últimas sólo en la norma española–, cuya finalidad, efecto real o potencial sea impedir, restringir o falsear la competencia. Interpretado estrictamente,

² *Ad. ex.* en virtud del artículo 3 del Real Decreto 295/98, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia, la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda solicitó para el Reino de España la jurisdicción sobre el caso Carrefour/Promodés, al considerar que concurrían los requisitos para la aplicación del artículo 9 del citado Reglamento (CEE) del Consejo. La Comisión Europea resolvió mediante Decisión de 25 de enero de 2000, la remisión del caso a las autoridades competentes del Reino de España en aplicación del citado artículo 9 del Reglamento (CEE) del Consejo. *Cfr.* Acuerdo de 26/05/2000 del Consejo de Ministros, por el que se decide subordinar, conforme a lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 17 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, la aprobación de la operación a la observancia de determinadas condiciones, en www.mineco.es.

podría subsumirse en el ámbito de la prohibición casi cualquier contacto entre empresas. Pero sólo interesa prohibir los que dan lugar a amenazas de entidad; típicamente los cárteles³. Una prohibición excesiva, no sujeta a limitaciones, derivaría en problemas de inseguridad jurídica y sobrecarga de los órganos encargados de aplicar el Derecho de la competencia.

Es necesario, por tanto, recortar el ámbito de aplicación de la norma para reconducir su efecto hacia la finalidad buscada: perseguir las prácticas que supongan un menoscabo actual o una amenaza potencial para el funcionamiento de la competencia, para así disuadir las potenciales, pero sólo si son significativas.

- ***La necesidad de limitar el ámbito de la prohibición a las conductas con efectos significativos –de minimis non curat praetor y la rule of reason–.***

Los recortes a ese carácter omnicomprendivo del tenor literal de la prohibición llegan a través de las propias normas prohibitivas, y a veces desde fuera de ellas. En esencia, el principio *de minimis non curat praetor*, las autorizaciones singulares y las exenciones en bloque de determinadas categorías de acuerdos restrictivos son los fundamentales límites al alcance de la prohibición.

- a) El desarrollo jurisprudencial del llamado «principio *de minimis*», directamente emparentado con la *rule of reason* norteamericana⁴ es un criterio de economía y oportunidad en la aplicación del Derecho de defensa de la competencia –no sólo de las prácticas prohibidas–. De acuerdo con él, no debería reaccionar el ordenamiento frente a conductas cuyo efecto anticompetitivo no rebase un umbral mínimo de significatividad o sensibilidad.

Para concretar esos umbrales de «significatividad» o «sensibilidad», parece razonable entender que sólo cumple sancionar cuando el efecto procompetitivo, neto de costes, sea positivo. Nada nuevo, en realidad: como con cualquier otra política pública, no interesa desde un punto de vista de bienestar social matar moscas a cañonazos. Por eso en ésta también debe fijarse un umbral mínimo de sensibilidad, por debajo del cual simplemente no interesa ponerla en funcionamiento, porque supondría un derroche de bienestar social; en otras palabras, porque se evita menos daño de lo que se gasta en evitarlo.

Esta regla tiene un grado muy desigual de asunción a niveles nacional y comunitario: En éste último, el problema fundamental al que pone remedio es el de

³ Vid. ALFARO y PAZ ARES: *Manual de Derecho Mercantil*, en prensa, para una ilustrativa visión de los cárteles como contratos de sociedad con el fin común de sustituir el funcionamiento competitivo del mercado por las estrategias pactadas por sus firmantes. En realidad no dejan de ser una asociación voluntaria dirigida a la consecución de una finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros, con todos los elementos que mencionan estos autores: origen negocial, fin común y contribución de todos sus integrantes.

⁴ Aunque una conducta produzca un efecto restrictivo de la competencia, si éste va acompañado por otro procompetitivo de mayor magnitud, la posibilidad de que finalmente prevalezca éste último efecto neto procompetitivo permite considerar tal conducta compatible con la regulación *antitrust*.

la sobrecarga de trabajo de la Dirección General IV de la Comisión, sobre todo porque la vieja norma de procedimiento –Reglamento 62/70–, actualmente en trance de revisión⁵, le asigna el monopolio en la resolución de expedientes de autorización individual. La doctrina de los «acuerdos *de minimis* o de menor importancia» en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁶, como intérprete supremo del Derecho originario de los Tratados consiste en excluir del rango de la prohibición del art. 81.1 TCE los acuerdos y prácticas anticompetitivos, cuyo objeto o efecto, real o potencial, no sea restringir de modo significativo o sensible⁷ la competencia o los intercambios en el mercado común europeo.

Dicha doctrina jurisprudencial ha sido asumida por la práctica decisoria de la Comisión, en aplicación del art. 81.1 TCE, en Comunicaciones como las de 27 de mayo de 1970, de 19 de diciembre de 1977, de 3 de septiembre de 1986 y de 9 de diciembre de 1997, en ellas se concreta el umbral del efecto «sensible» en umbrales cuantitativos. La más reciente formulación, que puede encontrarse en el [Proyecto de Comunicación](#), actualmente en periodo de información, fija umbrales cuantitativos definidos mediante cuotas de mercado⁸. Incluso se ha llevado más allá del ámbito del art. 81, exigiendo también que el falseamiento de la competencia o efecto sobre el intercambio comunitario sea «sensible» o «apreciable» en las ayudas públicas prohibidas por el art. 87.1 TCE⁹.

- b)** La posibilidad de declarar exento, a título individual, un acuerdo o práctica en principio subsumible en el supuesto de la prohibición, *ex art.* 81.3 TCE.
- c)** La presencia en los umbrales de «dimensión comunitaria» del art. 1 del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración, por debajo de los cuales no es necesaria autorización porque caen fuera de su ámbito de aplicación, que deviene así selectivo en favor de las operaciones cuyo efecto realmente lo requiera.
- d)** Exenciones en bloque o por categorías, de determinados grupos y tipos de acuerdos, del ámbito de la prohibición del art. 81.1. En vez de autorizar, uno por uno, acuerdos anticompetitivos, la Comisión define una tipología de acuerdos –de I+D, de licencia de know how, de distribución selectiva, etcétera– mediante

⁵ *Cfr.* la propuesta de la Comisión, de 27 de septiembre de 2000, de nuevo Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE (COM 2000, 582), que parte del Libro Blanco de la Comisión, de 28 de abril de 1999 (COM, 1999, 101, DO/C/132, 12-5-1999).

⁶ Los hitos jurisprudenciales más comúnmente citados son las Sentencias TJCE VÖELK v VERVAECKE y BÉGUELIN.

⁷ EN realidad, esta doctrina añade los adjetivos «sensible» y «significativo», ausentes en el tenor literal del art. 81 TCE.

⁸ Los umbrales siguen siendo del 10% y 15%, pero la novedad está en la diferencia entre empresas competidoras y no competidoras. La concreción de esos umbrales, y sobre todo la enumeración de «restricciones especialmente graves», con una prolija serie de excepciones y nuevas excepciones a éstas resulta en exceso farragosa y casuística. En papel: DOCE/C/149/05, de 19 de mayo de 2001, págs. 18 a 20.

⁹ DOCE, C, 68, 1996.

Reglamentos comunitarios de exención en bloque o por categorías, dictados con una duración limitada –cinco años–.

- e) Por último, existen tanto a nivel nacional como comunitario, restricciones en forma de cláusulas contractuales que quedan directamente fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia. Suele justificarse su licitud recurriendo al efecto neto procompetitivo que provoca su inclusión como parte inmanente del clausulado de determinados contratos, y sin las cuales carecerían directamente de sentido para quienes los celebran. Los dos ejemplos clásicos son los pactos de no competencia en la compraventa de empresas y en contratos de trabajo. Las primeras tienen por objeto tutelar la transmisión del fondo de comercio, como parte esencial del activo de la empresa objeto de cesión. Las segundas protegen al empresario frente al riesgo de revelación de secretos por parte del trabajador saliente, a la vez que incentivan la inversión en formación, mediante la apropiabilidad de sus beneficios durante el tiempo necesario para amortizarla. En ambos casos, el Derecho de la competencia no los prohíbe, sino que se limita a tutelar que la entidad y duración de la restricción son las que realmente requiere cada caso.

En nuestro ordenamiento. Todos esos límites tienen una réplica, más o menos ajustada, en el Derecho español de la competencia, que –en esto también– sigue al ordenamiento comunitario:

- a) El principio *de minimis* está mucho menos desarrollado en la mayoría de los niveles arriba mencionados, con importantes inconvenientes asociados a ello. Sobre todo, la recepción de la doctrina comunitaria de los acuerdos de menor importancia ha sido muy exigua en nuestro país¹⁰. Los precedentes se encuentran en dos Sentencias de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, resolviendo sendos recursos frente a Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

La S.A.N. de 24 de junio de 1998 resolvió un recurso contra la RTDC de 26 de diciembre de 1995. Según ésta última, siete talleres mecánicos habían violado la prohibición del art. 1.1 LDC al celebrar un acuerdo con la finalidad de imponer unos precios a la Mutua Madrileña Automovilista. La Audiencia Nacional estima que dicho acuerdo no afecta al funcionamiento de la competencia, porque el encarecimiento del coste de las reparaciones que la Mutua habría soportado como incremento de sus pagos por siniestralidad podía haberse absorbido reduciendo beneficios, o bien, en caso de haber producido un incremento de las primas, los mutualistas disponían de alternativas para contratar sus seguros con otras compañías del ramo. Ese discutible razonamiento lleva a la AN a la conclusión de que la negociación colectiva del precio de las reparaciones no altera el funcionamiento de la competencia. Al margen de su importancia como precedente en la recepción de la regla *de minimis*, la resolución resulta chocante. En primer lugar, porque equivoca el mercado relevante, que es el de los talleres de reparación; y no el de seguros; y además, porque parece ignorar que el efecto potencialmente restrictivo de la competencia también está prohibido por el art. 1.1 LDC. Otra cosa sería aplicar la *rule of reason* para estimar que la negociación colectiva de siete pequeños talleres reconduce el desequilibrio frente a la segunda aseguradora del país, pero con una posición dominante como demandante de reparaciones en Madrid.

¹⁰ Para lo que sigue, *vid.* GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso: "El nacimiento del principio *de minimis* en el Derecho español sobre la libre competencia", *La Ley*, 4911, 22 de octubre, 1999.

LA S.A.N. de 2 de noviembre de 1998 resuelve el recurso interpuesto contra la RTDC de 6 de septiembre de 1995, sobre una prohibición de la Asociación Asturiana de Máquinas Recreativas impidiendo a sus asociados la instalación de máquinas donde ya lo hubiere hecho otro miembro, lo cual constituye un reparto del mercado que enerva la competencia efectiva.

Posteriormente, dos Resoluciones de TDC incorporan, en cierta medida, la regla *de minimis* a nuestro ordenamiento:

La RTDC de 18 de febrero de 1999 declara que un acuerdo de la Asociación de Kiosqueros Segovianos, de cierre durante dos días como medida de presión contra la Distribuidora Segoviana de Publicaciones –único mayorista– no es contrario al art. 1.1 LDC, porque ni produjo ni podía haber producido efectos restrictivos. Se basa en la corta duración –dos días– y el desequilibrio preexistente en la negociación –un solo distribuidor frente a muchos vendedores, con elevados costes de transacción entre sí–. De nuevo, tras el fallo planea la sombra de la *rule of reason*, claramente plasmada en afirmaciones, como la de que el acuerdo se parece más a una «reivindicación sindical», cuyo efecto incluso podría ser procompetitivo, como defensa o contramedida ante una posición dominante. En consecuencia, el acuerdo quedaría fuera del ámbito de la prohibición al no suponer una restricción sensible de la competencia.

La otra, RTDC de 26 de mayo de 1999 se ocupa de un contrato de licencia exclusiva de *know-how* y marca durante 30 años, sobre un producto blanqueador utilizado como aditivo en detergentes. Los problemas provienen fundamentalmente de la duración del contrato, superior a la contemplada en el Reglamento de exención en bloque para ese tipo de contratos, lo cual obliga a analizar su posible efecto anticompetitivo. En dicho análisis, el TDC comienza citando expresamente la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Völk v. Vervaeck*, y pone después de manifiesto la imperfecta recepción del principio *de minimis* en nuestro ordenamiento, por las razones que se verán a continuación. Concluye finalmente que el acuerdo no es apto para afectar significativamente el funcionamiento de la competencia, dado el escaso poder de mercado de las partes –cuotas inferiores al 1%– y los productos afectados.

A pesar del avance, el actual grado de recepción de la regla *de minimis* en el Derecho español de la competencia sigue resultando insuficiente por las siguientes dos razones. En primer lugar, el art. 1. 2 LDC declara “nulos de pleno derecho” los acuerdos y prácticas prohibidas en el apartado 1. Esa nulidad afecta, por tanto, a los acuerdos de menor importancia, que aún quedando por debajo del umbral de la «sensibilidad» o «significatividad», siguen estando dentro del ámbito de la prohibición. Por tanto, se crea un problema de inseguridad jurídica, ante la posibilidad de esgrimir dicha nulidad como excusa para incumplir un contrato prohibido, aunque su efecto restrictivo de la competencia no sea sensible¹¹.

- b)** Por supuesto, a quienes pretendan poner en práctica acuerdos u otras prácticas anticompetitivas, pero sin efectos significativos, siempre resta la posibilidad de

¹¹ La apuntada inseguridad jurídica no se evita con la tímida incorporación del principio *de minimis* realizada en la reforma del art. 1.3 de la LDC por el art. 15.2 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, dado tanto allí como en el art. 3.2 d) de la LDC se construyó como una posibilidad de no perseguir –por parte del SDC– y de no sancionar –por parte del TDC–; ninguna de las cuales impide el vicio de nulidad del art. 1.2 LDC, salvo que se obtenga una autorización singular. Para erradicarla es necesario que los acuerdos de *de minimis* queden exentos *per se*, como ocurre en el ordenamiento comunitario, sin necesidad de una expresa autorización singular o en bloque.

solicitar una autorización singular, al amparo del art. 4 LDC. Pero esta solución no evita incurrir en los costes –directos e indirectos, como aguardar a la resolución– derivados de su tramitación, ni por tanto descargar de trabajo a las autoridades de competencia. Los llamados «cárteles de bagatela» no quedan autorizados *per se*, sino que son solamente autorizables, mediante resolución expresa.

- c) Llegamos así al objeto central de estas líneas, que es analizar el régimen de la tercera y más eficaz limitación al ámbito de la prohibición del art. 1 LDC: los reglamentos de exención en bloque o por categorías en el Derecho español.

• ***El problema: un mal uso de la técnica de la remisión***

El art. 5 LDC otorga al Gobierno la posibilidad de autorizar en bloque, mediante reglamento, aquellas categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas, que aún estando prohibidas por el artículo 1 LDC, cumplan los requisitos del art. 3.1 para la concesión de una autorización singular:

- Sólo participen en ellos dos empresas vinculadas para la distribución
- Sólo participen dos empresas vinculadas para la transmisión de propiedad industrial –en sentido amplio
- Tengan por único objeto la uniformación
- Sean exclusivamente acuerdos de especialización o desarrollo y producción en común
- Busquen aumentar la eficiencia

Asimismo pueden autorizarse mediante reglamentos de exención por categorías los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas prohibidas por el artículo 1, que cumplan los requisitos del art. 3.2:

- Cárteles de exportación
- Cárteles de desarrollo regional
- Cárteles de bagatela o menor importancia

En uso de esa opción, el Gobierno aprobó el RD 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrollaba la LDC en materia de exenciones por categorías. En lugar de regular directamente la cuestión, la opción de técnica normativa tomada entonces fue configurar el mencionado Real Decreto como norma de remisión¹², que incorporaba como objeto de la misma los reglamentos comunitarios de exención en bloque, a la sazón en vigor. De este modo, se daba entrada en el ordenamiento español al conjunto de Reglamentos de exención comunitarios, replicando el modelo comunitario de prohibición genérica de acuerdos anticompetitivos –art. 81.1 TCE–, en el art. 1 LDC, y

¹² En caja perfectamente en el concepto de remisión empleado por SALVADOR CODERCH, Pablo: "La Disp. Final 3ª de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVII, Fascículo IV, 1984, pág. 979: "un texto legal (la llamada norma de remisión) se refiere a otra(s) disposición(es) (el denominado objeto de la remisión) de forma tal que esta(s) última(s) deben considerarse parte integrante de la normativa que incluye la norma de remisión".

posterior exención en bloque de determinados tipos de ellos, mediante reglamentos. En particular, el RD 157/1992 mencionaba expresamente los siguientes:

- R CEE 1983/1983, de distribución exclusiva
- R CEE 1984/1983, de compra exclusiva
- R CEE 2349/1984, de licencia de patentes y mixtos
- R CEE 123/85, de distribución de automóviles
- R CEE 4087/88, de franquicia
- R CEE 556/89, de licencia de know-how y mixtos
- R CEE 417/85, de especialización
- R CEE 417/85, de investigación y desarrollo

Posteriormente, debido a la expiración de los plazos previstos por los propios Reglamentos –cinco años– y la necesidad de adecuación a la realidad, entraron en vigor nuevos Reglamentos comunitarios que, como el Reglamento CE 2790/99 sobre restricciones verticales, cuyo art. 12 priva de eficacia a algunos de los antes mencionados Reglamentos –en particular, 1983/83, 1984/83 y 4087/88–, nos dejan con una norma española de remisión a otra comunitaria, y una segunda norma comunitaria que reemplaza al objeto original de esa remisión.

Surge así el problema, originado por la indeterminación en cuanto al carácter de la remisión efectuada por el Derecho español, respecto a los contratos anteriores a junio de 2001, y después del 31 de diciembre de 2001, en todo caso –el art. 13 del Reglamento 2790/99 postergó algo el efecto derogatorio para los acuerdos firmados antes de junio de 2000, permitiendo que éstos todavía puedan beneficiarse de las exenciones de los «antiguos» Reglamentos, aunque no cumplan los requisitos del nuevo, durante todo el año 2001.

¿Nos remite el ordenamiento español a normas comunitarias derogadas¹³, a las nuevas que las sucedan; o por el contrario queda vacío el objeto de remisión?

El origen último de este déficit de certeza del Derecho está en un error de técnica normativa del Gobierno, consistente en no indicar expresamente el carácter de la remisión en el RD 157/92; agravado después, como veremos, por otro en la práctica decisoria de los órganos encargados de aplicar la norma de remisión, al entender que ésta era estática¹⁴.

• ***Crítica de la interpretación del TDC***

¹³ Ha habido ejemplos, como el artículo 1.319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 al Código de Comercio de 1829 en cuanto al orden de proceder en las quiebras; o la *Disposició Addicional de la Llei 2/1983, de 9 de març, d'alta muntanya*, según muestra SALVADOR CODERCH, Pablo, en GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa): *La Forma de las Leyes*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 233; e ÍDEM: “La Disposición Final 3ª...”, *cit.*, npp 22. Este autor pone de relieve los problemas de certeza del Derecho que plantean este tipo de remisiones.

¹⁴ SALVADOR: “La Disp. Final 3ª...”, *cit.*, págs. 984 y ss. atribuye a OSSENBÜHL el criterio que separa entre remisiones estáticas (hechas al texto legal en el momento en que se realizan, a salvo de ulteriores modificaciones o su derogación); y dinámicas (hechas a la redacción vigente en cada momento).

El Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del problema en el expediente de autorización singular 177/96, asunto «La Casera», lo cual hizo mediante Resolución de 23 de mayo de 1996.

En dicho expediente, La Casera Central de Servicios, S.A., solicitaba que se declarase que los contratos tipo presentados ante el Servicio de Defensa de la Competencia podían acogerse respectivamente a las exenciones por categorías previstas en los Reglamentos CEE 240/96 y 1983/83, o, subsidiariamente, se concediera autorización singular para los mismos. De nuevo, el origen del problema estaba en las dudas acerca del carácter de la remisión efectuada por el RD 157/92, una vez el Reglamento CEE 240/96 vino a sustituir a los Reglamentos CEE 2349/84 y CEE 556/89, citados expresamente en los arts. 1.1.c) y 1.1.f) de la norma de remisión de 1992. Puesto que el Reglamento de exención por categorías aplicable al contrato de franquicia industrial presentado había sido dictado en sustitución de dos de los expresamente citados en el Real Decreto de 1992, el Tribunal se vio obligado a pronunciarse acerca cuáles de los reglamentos de exención por categorías comunitarios, los ya derogados o los dictados en su sustitución, contenían los requisitos para declarar exento un acuerdo, es decir, acerca del carácter estático o dinámico de la remisión.

El TDC consideró entonces que no cabía la remisión dinámica, con lo cual no serían de aplicación a los contratos que no tengan dimensión comunitaria los Reglamentos comunitarios que no hayan sido incorporados expresamente en el ordenamiento español en virtud del RD 157/92.

“No es posible, por tanto, interpretar el precepto del Real Decreto en el sentido de que los contratos que no tengan dimensión comunitaria pero cumplan los requisitos establecidos por Reglamentos comunitarios que hayan sustituido a los enumerados en su artículo 1 están amparados por las exenciones por categorías nacionales. A pesar de los graves inconvenientes que dicha decisión trae consigo para el efecto útil del Derecho comunitario derivado, para la seguridad jurídica y para el tráfico mercantil, no queda otro remedio que reconocer que solamente están amparados los contratos que cumplen los requisitos de los reglamentos explícitamente recogidos en el Real Decreto”.

Más a continuación estima que tampoco serán de aplicación los Reglamentos de exención mencionados en el RD 157/92 que ya hayan sido derogados o que hayan perdido su vigencia en Derecho comunitario.

“El antiguo Reglamento comunitario que sería de aplicación al contrato de franquicia industrial notificado sería el 556/89, por lo que cabría argumentar, no sin razón, que la exención podría aplicarse al contrato si cumple las condiciones del Reglamento comunitario ya derogado y no si cumple las condiciones del nuevo Reglamento que difieran de aquéllas. Como esta solución constituye un sinsentido y perjudica el logro del efecto útil perseguido por el Derecho comunitario derivado, no resulta aceptable y, por ello, el Tribunal considera improcedente analizar si el contrato cumple o no los requisitos establecidos en el Reglamento CE 556/89, ya derogado”¹⁵.

Ambos presupuestos llevan inevitablemente a la conclusión de que la sustitución del Reglamento comunitario recibido en virtud del RD 157/92 por otro nuevo, a nivel comunitario, supuso la desaparición del ordenamiento español del Reglamento de exención por categorías para los acuerdos de franquicia. La misma suerte correrían,

¹⁵ Apartado 4 de los Fundamentos de Derecho.

según esta interpretación, los demás Reglamentos mencionados expresamente en el RD 157/92 y recientemente derogados por el Reglamento 2790/99, es decir, Los Reglamentos 1983/83 –distribución exclusiva–, 1984/83 –compra exclusiva– y 4087/88 –franquicia. El único remedio alternativo entonces es la posibilidad de solicitar una autorización singular, que seguiría expedita, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 16/1989.

“En tanto no se produce la modificación normativa necesaria, el Tribunal debe proceder a autorizar los contratos afectados por esta circunstancia y a anunciar que, para dicha autorización, normalmente aplicará los criterios contenidos en los Reglamentos comunitarios vigentes y no impondrá multas a los operadores que suscriban acuerdos sin dimensión comunitaria que cumplan el resto de los requisitos contenidos en los Reglamentos que sustituyan a los enumerados en el artículo 1 del Real Decreto 157/1992”.

Pero esta vía, más limitada y selectiva, de la autorización individual, no puede considerarse un sustitutivo cercano del nuevo Reglamento de exención por categorías comunitario aprobado en sustitución de otro. Aunque no deje de producir efectos, éstos tienen mucho menor alcance: las autoridades de competencia españolas aplicarán los criterios contenidos en el nuevo Reglamento a la hora de conceder autorizaciones singulares; y tampoco se impondrán multas a las empresas que suscriban acuerdos restrictivos de la competencia en España, siempre y cuando dichos acuerdos cumplan con los criterios establecidos en el nuevo Reglamento. Esta solución genera problemas de notable consideración:

1. Inseguridad jurídica

El apartado 2 del artículo 1 LDC plantea el problema de la nulidad de pleno derecho de aquellos acuerdos, decisiones y recomendaciones afectados por la prohibición que establece el apartado 1 del mismo artículo. Basta para ello que sean subsumibles en el supuesto de hecho de la prohibición, independientemente de que las autoridades de competencia decidan no perseguirlos; mientras no estén amparados por las exenciones previstas en la ley –autorización individual o exención por categorías–, serán nulos.

¿Qué ocurre con aquellos acuerdos sin «dimensión comunitaria», cuyos reglamentos comunitarios de exención hayan expirado o sido derogados y reemplazados por otros – por ejemplo, de franquicia industrial o distribución selectiva– que respeten los límites establecidos en el viejo reglamento y que hayan sido celebrados con anterioridad a su derogación? ¿Y los acuerdos celebrados tras la derogación de un reglamento, en tanto no se haya modificado la norma de remisión –estática?

Según la doctrina del TDC dejarían de estar amparados por la exención en bloque, de modo que, aunque el Servicio dejase de perseguir, o el propio Tribunal de sancionar, automáticamente deberían ser considerados como nulos de pleno derecho. Esto pone en manos de los contratantes un arma estratégica altamente lesiva para su exigibilidad. Cualquiera de las partes en el contrato podría desvincularse del mismo sin necesidad de alegar justa causa o de hacer frente a remedio alguno por incumplimiento –ni cumplimiento específico, ni compra de reemplazo, ni equivalente monetario ni indemnización–. Pero lo más chocante es que con arreglo a esta solución, todo ello ocurriría independientemente de que ese contrato fuese o no uno de los que exime el nuevo reglamento comunitario dictado en sustitución del anterior.

2. Efecto útil e interpretación teleológica

Tanto la nulidad conforme a nuestro ordenamiento de los contratos declarados exentos por el nuevo reglamento, como la validez de los que no se adapten a él pero sí a los antiguos suponen privar de eficacia a una norma de Derecho comunitario derivado. Y lo hace en contra del mandato y, sobre todo, la finalidad perseguida por el RD 157/1992, que no era sino extender la eficacia de los reglamentos europeos hasta los acuerdos sin dimensión comunitaria, mediante la técnica de la remisión o incorporación del Derecho comunitario –cabalmente, del vigente– al nacional.

Esta interpretación ciega la incorporación al Derecho nacional de toda una profunda transformación del ordenamiento comunitario en la materia, con la aprobación de varios Reglamentos de exención, entre los que deben citarse el Reglamento (CE) 1475/1995 de la Comisión, de 28 de junio, el Reglamento (CE) 240/1996 de la Comisión, de 22 de diciembre, el Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre, el Reglamento (CE) 2658/2000 de la Comisión de 29 de noviembre y el Reglamento (CE) 2659/2000 de la Comisión de 29 de Noviembre.

Esa desalineación resultante entre un régimen nacional y otro comunitario en sede de reglamentos de exención es un mal en sí mismo para la creación de un mercado homogéneo, pero además tampoco se comprende bien cómo se conjuga esta doctrina del TDC con el criterio de interpretación teleológica consagrado en el artículo 3.1 del Código Civil¹⁶.

La propia exposición de motivos del RD 157/92 reconoce que “el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la ley aconseja introducir en nuestro ordenamiento la exención de aquellos acuerdos que, mediante la misma técnica, han sido ya objeto de exención por el Derecho comunitario cuando caen bajo su ámbito de aplicación. Ello permite que, sin perjuicio de ulteriores desarrollos reglamentarios, el ordenamiento interno quede homologado, en su respectivo ámbito de aplicación, con el ordenamiento comunitario y clarifique las expectativas que la citada previsión del artículo 5 de la Ley lógicamente ha creado en los operadores mercantiles”.

3. Economía procedimental

El único remedio disponible para los agentes económicos con más aversión a la inseguridad jurídica –preocupados, no sólo por un cambio de criterio del TDC, sino también por la nulidad de sus vínculos contractuales– sería solicitar una autorización singular para el nuevo acuerdo que, en su caso, quisieran celebrar, independientemente de que se respeten los límites del nuevo reglamento de exenciones. Si se repara en que la capacidad de las autoridades españolas de competencia es limitada¹⁷, una aplicación estricta de la doctrina del TDC conduciría indudablemente a la sobrecarga, y quizás incluso al colapso, ante una posible

¹⁶ “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

¹⁷ Según su última memoria anual publicada, el Servicio de Defensa de la Competencia estaba integrado por 62 trabajadores en 1999 –8 menos que en 1996–, que han tramitado 29 expedientes de autorización singular, 5 de los fueron de distribución selectiva.

avalancha de expedientes¹⁸. Esto, de paso, contradice los principios de economía procedimental y de eficacia en la actuación de la administración, reconocidos en nuestro ordenamiento.

• ***Elementos básicos de la doctrina sobre remisiones estáticas y dinámicas***

El Prof. Salvador Coderch¹⁹, autor de la contribución más relevante en nuestro país sobre la cuestión de las remisiones durante los años ochenta, nos muestra que precisamente una de las funciones más importantes de la técnica de la remisión consiste en la "adecuación automática a los cambios futuros de la regulación objeto de remisión". Lo cual permite "preservar la vocación de perdurar de la Ley, no dictándola para regular cuestiones de detalle o pasajeras", como son los Reglamentos de exención en bloque comunitarios, que necesariamente nacen con un plazo de vigencia delimitado, tras el cual son reemplazados por otros o expiran directamente. En breve, el problema de la duración acotada de la norma objeto de remisión era previsible por el autor de la norma de remisión, en el momento de su promulgación, a pesar de lo cual no se arbitró solución expresa alguna.

Siguiendo a este mismo autor, no se alcanza el motivo por el que el Gobierno hubiese pretendido hacer en el RD 157/92 una remisión estática, como posteriormente ha interpretado nuestro TDC. Para empezar, las remisiones estáticas requieren una mención expresa en ese sentido²⁰, y la llevada a cabo por RD 157/92 carecía de ella. Pero es que en última instancia no existe razón alguna para que así sea²¹.

Teniendo en cuenta que el Gobierno, como autor de la norma de remisión, posee plena competencia para dictar la normativa objeto de remisión –un reglamento de exención en bloque–, en virtud del art. 5LDC, entonces ¿qué preocupaba tanto al TDC a la hora de considerar estática la remisión del RD 157/92, "a pesar de los graves inconvenientes que dicha decisión trae consigo para el efecto útil del Derecho comunitario derivado, para la seguridad jurídica y para el tráfico mercantil"?

¹⁸ Especialmente, en un caso como el que nos ocupa, en el que desaparecen los reglamentos de exención quizás más importantes –compra y distribución exclusiva– además del de franquicias.

¹⁹ Vid. por todas el capítulo VIII de este autor, en GRETEL, *cit.*, págs. 221–241; ÍDEM: "La Disp. Final 3ª ..., *cit.*, págs. 976 y ss; ÍDEM, en *La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar*, Congreso de los Diputados, págs. 45–88, Madrid, 2000; y las que en éstas se citan.

²⁰ SALVADOR, en GRETEL, *cit.*, pág 235.

²¹ Desde luego no resulta convincente lo expresado en el apartado 3.2. de los Fundamentos de Derecho de la RTDC de 23 de mayo de 1996: "Como los reglamentos comunitarios han de tener, necesariamente, una validez temporal limitada, a la hora de establecer que los contratos lícitos en Europa con arreglo a la normativa comunitaria de competencia fueran declarados lícitos también en España con arreglo a la normativa nacional debía utilizarse la técnica de la remisión a la normativa comunitaria vigente en cada momento sobre cada materia concreta en lugar de proceder a una recepción de normas temporales. Esta era una circunstancia sobradamente conocida en el momento de la aprobación por el Gobierno del Real Decreto. Sin embargo, no se decidió proceder a una remisión a las exenciones por categorías comunitarias, sino a la recepción de los Reglamentos concretos vigentes en el momento de la aprobación del Real Decreto y tampoco se dictó ninguna previsión para el régimen aplicable a partir del momento en que los reglamentos comunitarios perdieran su vigencia por el mero paso del tiempo o por su modificación por las instituciones comunitarias" (apartado 3.1. de los Fundamentos de Derecho).

En absoluto cabe pensar que esta discutible interpretación responda al celo por preservar la competencia normativa en la materia, dado que una remisión dinámica no supone enajenarla, sino simplemente un «préstamo temporal de su ejercicio»²², revocable por el prestamista –el Gobierno– en cualquier momento, mediante la publicación de un nuevo Real Decreto de exenciones en bloque, con el contenido material que estime oportuno. En el caso aquí analizado –remisión de un reglamento nacional a otros comunitarios–, no parecen replicables las cautelas y particularidades que hacen preferible la remisión estática en el supuesto analizado por el Prof. SALVADOR –Ley autonómica que se remite a otra Ley estatal–. Tampoco las dudas acerca de su constitucionalidad suscitadas en los ordenamientos alemán y austríaco²³ parecen reproducibles en este caso; sobre todo habida cuenta de la similitud, sino práctica identidad, entre los modelos español y comunitario de Derecho de la competencia.

• ***¿A quién afecta realmente el problema? Los órganos encargados de aplicar las exenciones por categorías en España***

Como es sabido, el tenor literal de las normas es sólo una parte del sistema jurídico. Hace tiempo que en análisis económico del Derecho²⁴ se reclama atención para el «vector» de probabilidades del que depende la aplicación efectiva y exigibilidad de las normas. Consecuentemente, debemos prestar alguna atención a la cuestión de quién es competente en cada asunto. En particular, de ella dependen los efectos del error, antes apuntado, de considerar la remisión estática.

Ya se ha dicho que las prácticas prohibidas que afecten al comercio entre los Estados miembros o restrinjan la competencia a nivel comunitario serán competencia de la Comisión, mientras que sólo aquellas conductas anticompetitivas con efectos localizados en un único Estado miembro corresponderán a su autoridad nacional de competencia. La regla es sencilla, pero como suele ocurrir, los problemas surgen en la línea divisoria que traza respecto al «efecto» o «dimensión» comunitaria del acuerdo.

¿Cuándo tiene un acuerdo «dimensión» o «efecto» comunitario? ¿Qué ordenamiento debe aplicar el juez nacional? Y ésta última pregunta deviene relevante, sobre todo cuando, como es el caso, hay diferencia de régimen entre los ordenamientos nacional y comunitario. La respuesta es relevante aquí, dado que sólo a los que carezcan de dimensión comunitaria les afecta el problema de la remisión estática a los reglamentos derogados.

²² SALVADOR, en GRETEL, *cit.* pág. 236.

²³ *Cfr.* SALVADOR: “La Disposición Final 3ª...”, *cit.*, npp 24, para una enumeración de las objeciones planteadas en contra de las remisiones dinámicas.

²⁴ Por todos, *vid.* PASTOR PRIETO, Santos: *Sistema jurídico y Economía: una introducción al análisis económico del Derecho*, Tecnos, 1989, pág. 28. También, el mismo autor: “La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos”, *Juris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 3, 1994, págs. 155 – 174: “el valor del Derecho es un «valor esperado». El valor esperado de un suceso equivale al valor de dicho suceso multiplicado por la probabilidad de que acaezca [...] lo importante no es tanto lo que las normas «dicen», sino lo que las normas «hacen», la función que realmente desempeñan; y por ello es crucial conocer si las normas se aplican, cómo y hasta qué punto”.

Acuerdos con «dimensión» o «efecto» comunitario. Podemos empezar a ordenar las cosas aclarando que ningún problema plantean aquellos acuerdos y demás prácticas restrictivas de la competencia cuyos efectos trasciendan más allá de un único Estado miembro. Los que lo hagan quedan sometidos exclusivamente al Derecho comunitario, de modo que les resultan plenamente aplicables los nuevos Reglamentos, como el 2790/99, actualmente en vigor, en perjuicio de los por ellos derogados.

No obstante, si se desciende a la concreta delimitación del ámbito de aplicación del ordenamiento comunitario, la cuestión es menos obvia. La jurisprudencia ha fijado el umbral de los intercambios intracomunitarios generosamente, de modo que basta con que la circulación de mercancías, personas, capitales y servicios entre los Estados miembros resulte amenazada por un efecto potencial, sin necesidad de que la restricción sea actual. Es suficiente, pues, con que un conjunto de circunstancias objetivas deje entrever, con un grado de probabilidad suficiente, que el acuerdo restrictivo puede influir directa o indirecta, real o potencialmente, sobre los intercambios económicos entre los Estados miembros. Esta elevación del umbral «potencial» de menoscabo permite extender el ámbito de aplicación de la prohibición del art. 81 TCE, incluso para hacerlo llegar hasta los acuerdos restrictivos suscritos entre operadores establecidos en un único Estado miembro, solamente para la fabricación o distribución de sus productos en el mercado nacional, cuando repercutan sobre las ventas de productos extranjeros en el territorio nacional²⁵ o influyan sobre el acceso de empresas extranjeras al mercado²⁶.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 2 de junio de 2000.

En 1990, D. José Carlos C.C. firma un contrato con DISA para explotar la estación de servicio, que aquella está construyendo. Aunque las partes dan el nombre de «concesión mercantil» a este contrato, el propio Tribunal Supremo lo considera un comodato. Algunas de las cláusulas integrantes van más allá de lo permitido por el Reglamento CEE 1984/1983, de 22 de junio (de exención en bloque de determinados acuerdos de compra exclusiva), adoptado por la Comisión en virtud del Reglamento CEE 19/65, del Consejo, de 2 de marzo. Si bien su art. 10 declara exentas determinadas cláusulas de compra exclusiva de carburantes, a la vez que el art. 2 permite que la duración de estos contratos exceda el plazo general cuando el proveedor ceda el usufructo al revendedor; hay otras en el clausulado del contrato firmado con DISA, que van más allá del ámbito de la exención del Reglamento, o entran directamente entre las no autorizadas del art. 12:

- La cláusula de exclusividad absoluta a favor del proveedor para el suministro de «todos los productos de apoyo para la automoción»
- La fijación de los precios de los productos antes mencionados por parte de proveedor
- En particular, la exclusividad respecto a los lubricantes, sólo autorizada cuando las instalaciones puestas a disposición del revendedor incluyesen las de engrase –cosa que no ocurre en este caso– y respecto a los productos empleados para prestar ese servicio. Salvo en ese supuesto, el régimen del Reglamento protege la libertad del revendedor para adquirir lubricantes, aditivos y líquidos de frenos
- El control de la publicidad por parte del proveedor

²⁵ Vid. TJCE, asuntos 126/80 *Salonia/Poidamani* y 246/86, *Belasco/Comisión*.

²⁶ Vid. TJCE, asunto 161/84 *Pronuptia/Schillgalis*.

El Tribunal Supremo nos recuerda en esta sentencia una consolidada doctrina jurisprudencial que atribuye al juez nacional la facultad de declarar la nulidad de un contrato *ex art. 81.2 TCE*. El límite entre la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, la Comisión y el juez comunitario se traza de acuerdo con las siguientes premisas básicas:

COMISIÓN	Concesión de autorizaciones individuales <i>ex art. 81.3</i> y promulgación de Reglamentos de exención en bloque,
JUEZ NACIONAL COMPARTE CON LA COMISIÓN	Aplicación de los arts. 81.1 y 82 TCE (efecto directo entre particulares) y correlativamente, aplicación de los reglamentos de exención, a los efectos de art. 81.2
TPI y TJCE	Supervisión de la actividad de la Comisión

En efecto, el deslinde entre los contratos que corresponde analizar a la Comisión o al juez nacional está razonablemente establecido en la jurisprudencia²⁷ en los siguientes términos. La prohibición del art. 81.1 TCE se extiende a contratos celebrados entre dos empresas de un Estado miembro, incluso aunque versen sobre la venta de productos en un único Estado, siempre que haya mero riesgo de que obstaculicen la consecución del mercado único o los intercambios comunitarios directa o indirectamente, actual o potencialmente. Por tanto, dado que la Comisión comparte con el juez nacional la competencia para aplicar este precepto –en la medida en que produce efecto directo en las relaciones entre particulares– también son competentes ambos para la aplicación de los reglamentos de exención que acotan el ámbito de la prohibición. Ello quiere decir que el juez nacional debe primero determinar si el acuerdo está prohibido por el art. 81.1, después, si queda exento de tal prohibición en virtud de alguno de los reglamentos de exención en bloque, y por último, debe cerciorarse de que no existe riesgo de que la Comisión vaya a conceder una autorización individual, vistos los requisitos del art. 81.3 TCE y la práctica decisoria en su aplicación. Sólo entonces podrá declarar el juez nacional la nulidad del contrato.

El límite a la actuación del juez nacional viene dado por las propias normas que aplique: en ningún caso puede extender el ámbito de aplicación del reglamento de exención –eximiendo de la prohibición a acuerdos que cumplan los requisitos del reglamento–, ni recortarlo –sancionando prácticas que el reglamento declare exentas.

Ello quiere decir que cuando no quepa ningún género de duda acerca del cumplimiento de los requisitos del reglamento, o acerca de lo contrario, ni acerca de la posible autorización individual del acuerdo, el juez nacional puede proceder a su aplicación, hasta llegar a la nulidad del acuerdo *ex art. 81.2 TCE*. Ello supondrá la declaración de nulidad del acuerdo contrario a la prohibición del art. 81.1 y no subsumible en la exención de un reglamento, de acuerdo con el art. 6.3 del Código Civil.

²⁷ Por todas, Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de enero de 1974, 3 de febrero de 1976, 13 de julio de 1990, 28 de febrero de 1991, 15 de diciembre de 1994, 18 de septiembre de 1992, 24 de octubre de 1995, 30 de abril de 1998.

Otra interesante argumentación contenida en esta Sentencia es la de privar de consecuencias al hecho de que sea la parte que se beneficia de las cláusulas prohibidas y responsable de su inclusión –tuvo la iniciativa o incluso predispuso las cláusulas nulas de exclusiva, publicidad e imposición de precios–, la que haya alegado y solicitado su declaración de nulidad. En su apoyo se argumenta que en la aplicación que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido haciendo del art. 81 es irrelevante quién haya insertado las cláusulas prohibidas en el contrato, así como que la nulidad del art. 6.3 del Código Civil es apreciable de oficio. No obstante, indica que al demandante que no hubiese pedido inicialmente una indemnización, podrá hacerlo en un ulterior litigio por culpa *in contrahendo* de quien provocó la nulidad del contrato.

En cambio, cuando exista el riesgo de que la Comisión pueda tomar una Decisión de exención individual *ex art. 81.3*, el juez nacional podrá suspender el procedimiento o incluso adoptar medidas cautelares; en todo caso, siempre puede recabar el parecer de la Comisión –obligada a cooperar lealmente–; o suspender el procedimiento para el planteamiento de una cuestión prejudicial.

Pero la competencia del órgano jurisdiccional perteneciente a un Estado miembro se limita a la posibilidad de declarar la nulidad del contrato prohibido, en virtud del art. 81.2 TCE, y proceder en cuanto a los efectos entre las partes, según el 6.3 del Código Civil –nulidad por violación de normas prohibitivas²⁸. En cambio, no podrá sancionar al autor de la conducta ni ordenar su cesación –sólo la Comisión puede hacerlo–.

Acuerdos con efecto sólo en España. Los contratos entre empresas de un mismo Estado, y cuyos efectos no trasciendan –actual o potencial, directa o indirectamente– a otro, es decir, sin «ámbito comunitario», estarán sometidos al Derecho nacional de la competencia vigente en ese Estado. Según éste, un acuerdo restrictivo de la competencia sólo en España está prohibido únicamente por el art. 1.1 LDC, y consecuentemente, sólo se beneficia de las limitaciones de su ámbito de aplicación vigentes en el ordenamiento nacional.

Pues bien, es aquí donde nos encontramos con el problema de la remisión, que se ha interpretado como estática, del ordenamiento nacional, a Reglamentos comunitarios de exención en bloque, más tarde derogados. Sólo cuando los órganos jurisdiccionales o las autoridades de competencia españolas apliquen el Derecho español de defensa de la competencia. Como se ha visto, el art. 1 del RD 157/92 nos remite, en materia de exenciones en bloque, a los requisitos contenidos en algunos reglamentos comunitarios que ya no están en vigor. Si esa remisión fuese dinámica, simplemente quedarían exentos en el ámbito nacional los acuerdos que cumplieren con los requisitos del nuevo Reglamento comunitario, o el que eventualmente venga a reemplazarlo. Pero si se entiende, como efectivamente se ha hecho por parte de nuestro TDC, que la remisión era estática, se crea en nuestro ordenamiento la aludida situación de falta de certeza del Derecho, que ha permitido llegar a la poco sensata conclusión de que han dejado de existir temporalmente las exenciones en bloque en nuestro ordenamiento.

²⁸ Por último, aclara el Tribunal Supremo que cuando no sea posible deslindar las cláusulas prohibidas de la globalidad del contrato, porque de hacerlo éste perdería su sentido o valor, la declaración de nulidad deberá afectar a la totalidad del contrato. En los casos en los que esto no ocurra, claro, podrán declararse nulas exclusivamente las cláusulas prohibidas, con mantenimiento del resto del contrato.

- **Conclusión**

La opción por una remisión indeterminada en el RD 157/1992 fue un error de técnica normativa sin disculpa ni razón aparente. Dicho error permitió al TDC incurrir en otro más grave, consistente en considerar que aquella remisión era estática, vedando así la entrada en nuestro ordenamiento de los nuevos reglamentos comunitarios dictados en sustitución de los originalmente en vigor cuando se realizó la remisión. Por añadidura, se creó un problema de inseguridad jurídica, si no de vacío normativo, una vez los reglamentos expresamente mencionados en la norma de remisión dejaron de estar vigentes en el ordenamiento comunitario.

Son las autoridades de competencia españolas y los órganos jurisdiccionales nacionales, no el juez comunitario, quienes se encuentran frente a este problema. Y no siempre, sino exclusivamente –los segundos– en la aplicación del Derecho nacional de defensa de la competencia a los asuntos cuyos efectos anticompetitivos se limiten y no trasciendan ni actual ni potencialmente, más allá de nuestro país.

No existe ninguna ventaja en la técnica escogida y sí numerosos inconvenientes –ya expuestos en estas líneas–, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la certeza del Derecho, la economía procedimental, el efecto útil de Derecho comunitario, la interpretación teleológica de las normas y la agilidad del tráfico.

Por eso debe aplaudirse la enmienda de ese error en el [Anteproyecto](#) de nuevo Real Decreto de exención por categorías, que actualmente prepara el Gobierno²⁹, en cuanto realiza una remisión dinámica a los reglamentos comunitarios de exención en bloque, salvo en lo referente al Reglamento 2790/99, único de los mencionados por el Anteproyecto, en que no se ha insertado la cláusula de remisión dinámica.

De no tratarse de un error de redacción de la versión publicada en la página del Ministerio de Economía en internet, habría que criticar tal ausencia, para la que no se encuentra una razón aparente. Volver a cometer el error del RD 157/92 merece, además de las críticas formuladas frente a él, la de contradecir la vocación de “búsqueda de la necesaria coherencia económica y jurídica entre la normativa comunitaria y nacional en materia de exenciones por categoría, así como [las] razones de seguridad jurídica para las empresas que operan en España”, que “recomiendan

²⁹ El nuevo régimen jurídico de las exenciones por categoría en Derecho español consiste en incorporar, por vía de remisión dinámica, los siguientes Reglamentos comunitarios:

Acuerdos verticales	R (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre R (CE) 1475/1995 de la Comisión, de 28 de junio
Acuerdos de transferencia de tecnología	R (CE) 240/1996 de la Comisión, de 22 de diciembre
Acuerdos de especialización	R (CE) 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre
Acuerdos de I+D	R (CE) 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre

sustituir el Real Decreto 157/1992 por uno nuevo que incorpore los nuevos Reglamentos de exenciones comunitarios”, expresamente formuladas en el preámbulo del Anteproyecto, con el fin también expreso de incorporar a nuestro ordenamiento la transformación que “desde la promulgación de este Real Decreto en 1992 el ordenamiento comunitario ha experimentado..., con la aprobación de varios Reglamentos de exención, entre los que deben citarse el Reglamento (CE) 1475/1995 de la Comisión, de 28 de junio, el Reglamento (CE) 240/1996 de la Comisión, de 22 de diciembre, **el Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre**, el Reglamento (CE) 2658/2000 de la Comisión de 29 de noviembre y el Reglamento (CE) 2659/2000 de la Comisión de 29 de Noviembre”. Lo razonable parece añadir una «s» a la expresión «le» del apartado b. del art. 1.1 del Anteproyecto, para convertir la frase en plural, de modo que también sea dinámica la remisión hecha al Reglamento 2790/99.

La única crítica debe dirigirse a la tardanza en aprobarlo, porque hasta su entrada en vigor persiste la aludida, indeseable y evitable situación de falta de certeza e inseguridad jurídica. Esta situación podía y debía haberse evitado desde un principio, ya que la técnica de la remisión dinámica en esta materia no supone autoenajenación de la competencia normativa, que puede volver a ejercerse en cualquier momento si se desea rectificar la recepción del régimen comunitario en materia de reglamentos de exención, dándoles el contenido que se desee.