La exención legal. Encaje e interpretación del artículo 4 de la LDC

Autor:

Lluis Cases, Profesor titular derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen:

La exención legal (artículo 4 de la LDC) implica que las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC no se aplican a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. Esta previsión tiene antecedentes en anteriores normas nacionales de competencia y también encaje en el ordenamiento jurídico. Pero, es imprescindible precisar el alcance y la interpretación del artículo 4 para asegurar la plena efectividad de las normas de competencia.

Palabras clave:

Exención legal, amparo legal, administración pública, regulación, ámbito subjetivo

Códigos JEL:

K21, L40, L51

1. Introducción. La exención legal

El artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) dispone con el enunciado "Conductas exentas por ley":

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.

El precepto establece que conductas que infrinjan el artículo 1 LDC[68], prácticas colusorias, el artículo 2 LDC, abuso de posición de dominio y el artículo 3 LDC, falseamiento de la libre competencia por actos desleales no podrán ser perseguidas en la medida que resulten de la aplicación de una ley, sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias.

En consecuencia, es un precepto clave del ordenamiento jurídico ya que habilita de forma expresa la no aplicación de las prohibiciones contenidas en la LDC a conductas que constituirían infracción de la misma.

La exposición de motivos de la LDC es parca en la explicación de la motivación del precepto y hace una breve mención al mismo:

"Finalmente, se extiende a todos los tipos de infracción previstos en este capítulo la exención de las conductas que resulten de la aplicación de una norma con rango de Ley y de las conductas «de minimis», entendidas como aquéllas que, por su menor importancia, no son susceptibles de afectar de forma significativa a la competencia, cuyas características se concretarán mediante el correspondiente desarrollo reglamentario."

[68] La exención legal es un marco conceptual completamente distinto de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 1 de la LDC que permiten en determinadas circunstancias habilitar conductas contrarias al apartado 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.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

En cambio, puede resultar interesante recordar lo establecido en la exposición de motivos de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia para conceptuar la exención legal:

> "El antagonismo entre las técnicas administrativas de intervención y la utilización de la idea del orden público económico, a más de constituir la razón fundamental que establece la oportunidad en este momento de promulgación de la Ley, aparece reflejada en el artículo IV de la misma, ya que, como anteriormente se ha indicado, la técnica del orden público económico viene a salvar en cierto sentido el riesgo que plantea la progresiva desaparición de potestades administrativas. En tanto éstas subsistan, no entra en juego la Ley en cada sector concreto de actividad económica, puesto que no es aquí la iniciativa privada dentro del marco del orden público, lo que estructura libremente la economía, sino que es la propia Administración quien la conforma, a través del ejercicio de sus potestades de intervención. Es por ello preciso hacer esta salvedad que configura claramente el ámbito de aplicación de la Ley."

Para comprender adecuadamente el artículo 4 LDC es oportuno atender, primero, a los antecedentes normativos y segundo percibir su razonabilidad y justificación en el marco global del nuestro ordenamiento jurídico. Y, tercero, teniendo en cuenta lo anterior, exponer su análisis que requerirá atender a la norma que puede evitar la aplicación de la LDC, a qué conductas puede referirse y la interpretación de los términos "conductas que resulten de la aplicación de una ley".

2. Los antecedentes normativos

De entrada, cabe señalar que en el sistema español de defensa de la competencia siempre ha existido una norma similar al referido actual artículo 4 LDC.

Ya en la inicial Ley 110/1963 se disponía en su también artículo 4. Uno:

> Las prohibiciones contenidas en el artículo primero no serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal.

A su vez, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia bajo el enunciado de conductas autorizadas por Ley establecía en su artículo 1.2:

> Las prohibiciones del artículo 1.º no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley.

Esta previsión legal fue objeto de modificación en la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC, que dejó el referido artículo 1.2 en estos términos:

> Las prohibiciones del artículo 1.º no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley.

3. El encaje de la exención legal en el ordenamiento jurídico

La defensa de la competencia constituye en nuestro ordenamiento jurídico una forma fundamental de intervención de la administración pública en el mercado en el marco de la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución. Como estableció el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 1 de julio de 1986:

> "El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -art. 38, inciso segundo- por parte de los poderes públicos suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste." [69]

La defensa de la competencia es, sin duda, una intervención de los poderes públicos en el mercado para preservar el interés público de mantener un marco competitivo adecuado[70]. Es una forma de intervención pública muy singular. Tiene evidentes raíces en el sistema político constitucional. Se articula con una evidente adaptabilidad y flexibilidad ya que las normas permanecen prácticamente invariables durante décadas. Y supone un cambio de orientación radical en la actuación de los poderes públicos, que ya no definen *ex ante* y de manera estática las conductas que han de desarrollar los operadores en el mercado, sino que se limitan a supervisar que las condiciones de competencia, consideradas las adecuadas para el interés público, no se vean alteradas por las decisiones particulares de los operadores económicos. Cuando los poderes públicos defienden el interés público en el marco de la defensa de la competencia los actores principales en el mercado han de ser los operadores económicos y no la regulación pública. Pero en este caso será necesario asegurar que los operadores actúen en el marco de competencia y el poder público intervendrá para asegurar precisamente el objetivo público de que exista y se mantenga una competencia efectiva en el mercado.

No obstante, es evidente que los poderes públicos disponen también de otros mecanismos para interferir o actuar sobre el comportamiento de los operadores económicos en el mercado en el desarrollo de las funciones constitucionalmente asignadas y siempre también con las limitaciones que impone el derecho de la Unión Europea. Como ha indicado el Tribunal Constitucional en la sentencia de 11 de noviembre de 1999:

> "La finalidad específica de la Ley según su exposición de motivos es la de «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla contra todo ataque contrario al in-

[69] STC 88/1986, de 1 de julio.

[70] En extenso sobre este tema en CASES PALLARES, Lluis, Regulación y competencia. Límites y conexiones, en MUÑOZ MACHADO, Santiago, Derecho de la regulación económica. I Fundamentos e instituciones de la regulación, 2010, ISBN 978-84-9890-046-0, Iustel.

terés público». Agregando a continuación que este objetivo es «compatible con las demás leyes que regulan el mercado». Lo que pone de relieve que la normativa de defensa de la competencia, de un lado, está dirigida a salvaguardar un interés general, la ordenación o el buen funcionamiento del mercado. Y lo lleva a cabo mediante ciertas reglas y el establecimiento de procedimientos de control por entidades públicas que permiten que los agentes económicos que concurren en el mismo lo hagan en condiciones que garanticen su libertad de participación; excluyendo, correlativamente, aquellas conductas que puedan interferir ese marco de libertad de los concurrentes y, de este modo, afectar al mencionado interés general. De otro lado, que esta finalidad específica es la que caracteriza a la disposición legal aquí examinada, ya que en la ordenación del mercado también concurren otros sectores normativos con un contenido propio y al servicio, asimismo, de intereses generales, extremo sobre el que se volverá más adelante."[71]

Como señalaba ya en 1997 BERENGUER FUSTER, "el principio de libre competencia tiene su engarce en la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, como reconocen tanto la Exposición de Motivos de la Ley como el Tribunal Constitucional y, por lo tanto, tiene un carácter supralegal que debe estar presente en la totalidad del ordenamiento jurídico y que no se agota con la promulgación de la Ley de Defensa de la Competencia. Es cierto igualmente que el principio de libertad de competencia no constituye un absoluto y, por lo tanto, admite excepciones. Precisamente la existencia de esas excepciones justifica la existencia del artículo 2.1 LDC"[72]. O como ha indicado MARCOS, "la exclusión legal contenida en el artículo 4 LDC desempeña la crucial función de servir de cauce general a las normas e intervenciones públicas que introducen restricciones a la libre competencia fundamentadas en otros valores o bienes de relevancia constitucional, en tanto que se trate de medidas idóneas, indispensables y proporcionadas para alcanzar esos objetivos, siempre que se instrumenten a través de una norma con rango de ley"[73].

En este marco conceptual puede recordarse las indicaciones del Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la resolución de una disputa sobre una norma autonómica en materia de protección de los consumidores, y haciendo referencia a la defensa de la competencia:

"Junto a esta forma de intervención del Estado en la regulación del mercado, que deriva de los mismos términos del art. 38, pueden encontrarse otras, de relevancia para el caso que nos ocupa, que se fundan en preceptos constitucionales específicos, como el art. 51, en sus apartados 1 y 3, en cuanto atribuye a los poderes públicos «la defensa de los con-

[71] Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LDC de 1989 y cuya estimación derivó en la aprobación posterior de la Ley 1/2002, de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Sobre esta Sentencia puede verse, TORNOS MAS, Joaquin, Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, Anuario de la Competencia 1999.

[72] BERENGUER FUSTER, Luis, Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, Anuario de la Competencia 1997.

[73] MARCOS, Francisco, Artículo 4 Conductas exentas por ley, en MASSAGUER FUENTES, J. et al (2020) Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Thomson Reuters-Civitas, 2024 7ª edición, 978-84-1162-941-6.

sumidores y usuarios», y se prevé que, a tal efecto, «la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de los productos comerciales»."[74]

Y, en este mismo sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2013, que ampara la exención legal en estos términos:

"La capacidad legislativa del Parlamento no queda condicionada o congelada por la aprobación de una ley, incluso de carácter general (como la Ley 16/1989 o la Ley 15/2007), que otras leyes ulteriores, de orden sectorial, pueden modificar explícita o implícitamente. Y es también comprensible que razones de todo tipo - sociales, económicas, entre ellas- puedan aconsejar excepciones, con mayor o menor extensión, o cambios legales respecto del régimen «normal» de competencia para sectores, parcelas o actividades de la actividad pública o privada, si las cámaras parlamentarias así lo deciden (con los solos límites constitucionales, por un lado, y derivados de las «disposiciones comunitarias» a las que se refieren el artículo 2 de la Ley 16/1989 y el artículo 4 de la Ley 15/2007, por otro)"[75]

Los distintos poderes públicos disponen de habilitaciones competenciales evidentes para regular la conducta de los operadores económicos en el mercado en distintos sectores. Como ha indicado PADROS, "por disposición de la misma Ley, resulta que la defensa de la competencia y el libre mercado no son un objetivo absoluto sino relativo, que puede ceder en casos donde el interés público justifique la vulneración de las reglas de mercado"[76]. El listado, además, jamás podrá ser cerrado ya que los poderes públicos ostentan capacidad de intervención permanente, obviamente respetando el marco de los derechos constitucionales y las obligaciones impuestas por el derecho de la Unión Europea. Cuestión distinta es la controversia entre el Estado y las Comunidades Autónomas para dirimir el poder público competente para regular una determinada materia. Esta controversia que es propia y lógica en los sistemas políticos articulados en una distribución territorial del poder público se hace más compleja, no en sentido peyorativo, con la propia articulación del título competencial defensa de la competencia[77].

---

[74] STC 88/1986, de 1 de julio.

[75] Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio 2013, 3139/2013.

[76] PADROS REIG, Carlos, La presencia de la administración pública en carteles privados: la regulación administrativa-colusoria, Revista General de Derecho Administrativo 32 (2013).

[77] En este sentido, como mero ejemplo, puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2016, de 4 de febrero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad:

"El artículo 28.1 tiene como objeto permitir la convivencia de distintas modalidades de venta en un único establecimiento comercial. Se trata de un modo de intervención pública que pretende ordenar el mercado, eliminando restricciones existentes en la regulación anterior, que afecta al régimen de competencia entre los ofertantes permitiéndoles el desempeño simultáneo de varias actividades comerciales. En la medida, por tanto, en que se trata de una regulación que afecta sobre todo a la relación horizontal entre las empresas en una economía de libre mercado y no a la situación del consumidor como destinatario de los productos, su aprobación corresponde al ente territorial competente para legislar en el ámbito de la defensa de la competencia, esto es, el Estado en virtud del art. 149.1.13 CE (en un sentido similar, STC 26/2012, FJ 10). Eso mismo sucede en relación con el artículo 28.2 en cuanto se refiere a los condicionantes necesarios para la puesta en práctica de las actividades de promoción de ventas. Al artículo 28.3, que permite a cada comerciante decidir libremente los periodos de rebajas y su duración, le es aplicable nuestra doctrina según la cual las normas que regulan un marco temporal para el desarrollo de específicas modalidades de ventas, deben considerarse integradas en las normas que

Es evidente que los poderes públicos, respetando el marco constitucional y el dimanante del derecho de la Unión Europea, pueden optar por considerar que el interés público requiere una intervención reguladora que implicará reducir el margen de actuación de los operadores económicos e incluso imponer determinadas conductas que serían contrarias a la LDC. El propio artículo 4 LDC nos recuerda que todo ello sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias. El principio de primacía del derecho de la Unión Europea impone que la intervención legal por parte de los estados miembros se sujete al escrutinio del derecho comunitario cuando corresponde. La opción por la técnica regulatoria es una decisión normativa de cariz político ideológico que será legítima en tanto que respete el marco constitucional y comunitario. Será también una opción para un momento temporal concreto y específico que puede ser modificado posteriormente en procesos que se han venido a denominar de desregulación pública. Pero esta opción implicará la no aplicación de una ley como la LDC y por ello el artículo 4 LDC requiere que sea una ley la que la disponga. Así, se han superado preceptos anteriores relativos a la exención que permitían extenderla a normas meramente reglamentarias. La exención, por ello la denominamos legal, ha de proceder del poder legislativo que sostenga y considere que en un determinado ámbito material y momento temporal la forma de intervención en defensa del interés público no ha de ser la defensa de la competencia, sino la regulación de las conductas de los operadores económicos habilitando incluso conductas contrarias a la LDC, obviamente con respeto a las obligaciones dimanantes del derecho de la Unión Europea.

Las autoridades de competencia no podrán intervenir cuando el legislador ha optado por permitir en la regulación determinadas conductas que podrían ser objeto de persecución en aplicación de la LDC. Como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de octubre de 2005:

> "Al tratarse de una actividad realizada al amparo de una disposición de carácter legal, es innecesario examinar si estamos ante alguna de las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, en virtud de lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 2 de la misma LDC"[78]

Este marco y encaje conceptual en el ordenamiento jurídico tiene necesariamente que servir de directriz para la interpretación del artículo 4 LDC.

4. La interpretación del artículo 4 LDC

El análisis de la regulación de la exención legal del artículo 4 LDC requiere examinar distintos aspectos. No es una cuestión baladí o de escasa significación. La interpretación de la exención legal es clave en el sistema español de defensa de la competencia. Ya en 1994 decíamos, "consideramos que es necesario para la aplicación de la exclusión del artículo 2.1 de la LDC que la conducta restrictiva sea el resultado de la voluntad del legislador. Se evita así la quiebra del sistema de defensa de la competencia, que podría derivar de una interpretación

velan por la defensa de la competencia (por todas, STC 106/2009, de 4 de mayo, FJ 2), siendo, por tanto, competencia del Estado ex art. 149.1.13 CE.

[78] Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005, 6543/2005.

amplia del referido precepto"[79]. Conviene por tanto profundizar a la interpretación del actual artículo 4 LDC.

La exención debe derivar de una ley

La exención deberá ser establecida, en los términos que más adelante se examinarán, en una ley.

En este sentido, es claro el apartado 2 del referido artículo 4 LDC cuando se refiere a actuaciones sin la cobertura en 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.

Esta previsión se recogió ya en la Ley 52/1999 que suprimió la referencia como instrumento de activación de la exención legal a "las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley". Por tanto, no hay cobertura para las conductas que deriven de potestades administrativas o causadas por los poderes públicos sin el amparo legal.

La remisión a la ley deriva, sin duda, del encaje de la exención legal en el ordenamiento jurídico anteriormente expuesto. En el marco del sistema constitucional español ha de ser una norma con rango de ley la que desplace la aplicación completa de la LDC en función de otros intereses públicos que se consideran deben ser atendidos.

La referencia a la ley del artículo 4 finalmente merece tres observaciones. En primer lugar, atender al marco constitucional y percibir las distintas normas que pueden ostentar el rango de ley (ley, decreto ley y decreto legislativo). Entendemos que la referencia a la ley en la LDC debe extenderse a todas las normas que en nuestro sistema constitucional ostentan el rango de ley.

En segundo lugar y siguiendo también el marco constitucional habrá que interpretar, según nuestro criterio, que la norma con rango de ley puede ser emanada de las Cortes Generales (o del Gobierno en el caso del resto de normas), pero también de los equivalentes en las comunidades autónomas. Ello puede suscitar cierta controversia ya que la acción normativa con rango de ley de una comunidad autónoma puede desplazar la aplicación de una norma nacional como la LDC. Consideramos que en el sistema constitucional autonómico esta debe ser la interpretación de la exención legal del artículo 4 LDC. En un sistema político en que el poder está distribuido territorialmente y parte de las materias deben ser atendidas por las comunidades autónomas no podría ser aceptable que la exención legal derivase exclusivamente de una norma nacional. Obviamente, todo ello en el marco de la distribución de competencias que resulte de la Constitución y del correspondiente estatuto de autonomía donde deberá recogerse la competencia autonómica para regular la materia en cuestión. Si existe duda sobre la competencia autonómica para adoptar la norma con

[79] CASES PALLARES, Lluis, Derecho administrativo de la defensa de la competencia, Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas SA, 1994, p 398, ISBN: 84-7248-290-1.

rango de ley que desplaza la aplicación de la LDC consideramos que la vía no puede ser cuestionar la aplicación de la exención legal a la conducta que resulte de aplicación de la referida norma. La vía para cuestionar la norma con rango de ley autonómica ha ser la propia de las controversias constitucionales que son habituales y lógicas en nuestro sistema de distribución territorial del poder.

Y, en tercer lugar, hay que insistir en la intervención de la autoridad de competencia en el procedimiento legislativo de elaboración de leyes. El legislador, como se ha indicado, puede pretender aprobar una ley en función de las habilitaciones constitucionales y comunitarias y atendiendo a la defensa del interés general. Pero es imprescindible que conozca el impacto en la competencia que la ley puede implicar y la habilitación que está produciendo a conductas anticompetitivas y sus efectos. Y para ello, sin duda, la autoridad mejor posicionada para hacer este análisis es la CNMC. Obviamente, el legislador, respetando el marco constitucional y el impuesto por el derecho comunitario, adoptará la decisión final que considere más adecuada al interés público, pero como mínimo tendrá a su disposición un análisis detallado del impacto de la ley en la competencia. Creemos que hay que reiterar la importancia de esta función consultiva de la CNMC.

Aplica a conductas a las que resulta de aplicación la Ley de Defensa de la Competencia

Es importante señalar que la exención legal puede predicarse de conductas de operadores a las que resultan de aplicación las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC[80]. Evidentemente, ello nos lleva al concepto de operador económico respecto al que ha señalado el Tribunal Supremo

> "en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado." [81]

[80] Se supera así la previsión de la Ley de 1989 que circunscribía la operativa de la exención legal a las infracciones por prácticas colusorias.

[81] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, 3525/2016. Esta sentencia es importante ya que estima un recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012, recurso 626/201, que a su vez estimó un recurso contra la Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0167/09) productores de uva y vinos de Jerez. En esta resolución se resolvió:

"PRIMERO.- Declarar a, la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (FEDEJEREZ); la Asociación de Artesanos del Jerez y la Manzanilla (ARJEMAN); AECOVI; la Asociación de Empresarios Viticultores de Cádiz (ASEVI-ASAJA); la Unión de Agricultores y Ganaderos de Andalucía (UAGA-COAG); el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen Jerez-Xérès-Sherry, Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda y Vinagre de Jerez, y a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, responsables de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, por haber llevado a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y el mosto, contraria a dichos artículos, en el periodo que va desde abril del año 1991 hasta al menos, marzo de 2009"

Sobre esta Resolución puede verse en extenso, COSTAS COMESAÑA, Julio y HORTALÀ i VALLBE, Joaquim, La tipificación de la actividad de la administración como facilitadora de cárteles, Anuario de la Competencia 2013.

O, como ha señalado, la CNMC en la Resolución de 4 de octubre de 2024:

> "De acuerdo con reiterada jurisprudencia y con la disposición adicional cuarta de la LDC, el concepto de empresa en Derecho de la competencia comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación."[82]

En consecuencia, en principio y con las importantes matizaciones que a continuación se señalarán, no podrá referirse la exención legal cuando se examinan actos administrativos o normas reglamentarias, en su diversa extensión. Es una cuestión previa. No aplicará la exención legal en tanto que no le resultará de aplicación la LDC.[83]

Pero no es una cuestión subjetiva por razón del sujeto que actúa, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de noviembre de 2008:

> "Frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación, sin que pueda objetarse a ello la dicción literal del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia como argumenta el Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, el que dicho precepto hable de agentes económicos no debe entenderse en el sentido de que sólo pueden ser sancionados de acuerdo con el mismo aquellos agentes sometidos al derecho privado y no al derecho administrativo, sino como una referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo."[84]

La actuación administrativa en el ejercicio de potestades públicas en que no se ejerce una actividad de operador económico en el mercado no puede ser sometida al escrutinio de la

[82] Resolución CNMC de 4 de octubre de 2024, S/0001/21 Plataforma de subastas electrónicas. Y concluye sobre este indicando:

"Esta definición permite manejar un concepto amplio de empresa que será toda persona física o jurídica con independencia de su forma jurídica, ánimo o no de lucro, forma de financiación, naturaleza societaria e incluso carácter público o privado."

Como indicó ORTEGA BERNARDO, Julia, La aplicación de las normas de competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local, en Información Comercial Española, Revista de Economia, nº 876, 2014, ISSN 0019-977X, ISSN-e 2340-8790, Para el Derecho de Defensa de la Competencia, "lo relevante no es el estatus jurídico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente perjudicial o restrictivo de la competencia en el mercado".

[83] Como señaló la CNMC en la Resolución de 12 de enero de 2016, (Expte. S7DC/0523/14, SAS):

"La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en sus varios pronunciamientos entienden que "para declarar que una autoridad pública es responsable de una infracción de las normas de competencia, hay que dilucidar prima facie si su actuación se corresponde con el ejercicio de sus potestades públicas como órgano administrativo o, por el contrario, se corresponde con una actividad propia de un operador económico"

[84] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, 6610/2008.

exención legal. Cuando la administración pública ejerce potestades públicas de regulación no está actuando como un operador de mercado y por tanto no se le aplicarán las prohibiciones de la LDC[85]. Ello implica que no entra en juego la exención legal del artículo 4 LDC.

En este sentido, puede verse como ejemplo la Resolución de la CNC de 9 de octubre de 2008 que versaba sobre una denuncia por determinadas actuaciones de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios. Tras revisar el marco normativo en que opera esta Agencia, consideró la autoridad de competencia que:

> "Establecido el estatuto y las funciones de la AEMPS y una vez realizado el análisis de los hechos denunciados, este Consejo deduce que todos ellos se inscriben en la lógica de las actuaciones de una agencia pública que vela por el interés general y actúa en el ámbito del derecho administrativo, ya sea cuando decide no otorgar un certificado para la expedición de vacunas, porque no concurren ciertas características o cuando inmoviliza la comercialización de un medicamento de uso animal, porque considera que puede ser perjudicial su uso. Lo mismo cabría decir cuando toma decisiones relativas a la composición de sus órganos o comités que tienen que decidir sobre esos mismos asuntos. Es decir, como señala la DI, en esos casos la AEMPS no actúa como operador económico." [86]

Por ello, concluye la autoridad indicando que:

> "En el caso que nos ocupa no cabe sino reiterar esta doctrina, especialmente porque se trata de una agencia pública que en ningún caso actúa como operador económico cuando toma decisiones como las denunciadas, siempre al amparo de una Ley que la habilita como administración pública para dictar actos administrativos que tienen como finalidad salvaguardar el interés general."[87]

---

[85] Sobre ello puede ser de interés atender a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio 2013, 3139/2013:

> "Para resolver si, por encima o por debajo de las apariencias, una determinada actuación de una Administración pública se inserta en el ámbito de los actos de imperium (esto es, en el marco de sus prerrogativas de poder), resulta sin duda pertinente el hecho de que aquella Administración intervenga también, de modo simultáneo, como operador económico -aunque lo haga bajo una determinada fórmula de personificación instrumental- en el correspondiente mercado liberalizado de servicios, abierto a la concurrencia. "

[86] Resolución CNC de 9 de octubre de 2008, Expte. s/0023/07, BIOVET.

[87] La misma Resolución refiere anteriores pronunciamientos con este mismo criterio:

> En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia produjo una constante doctrina al respecto, expresada en diferentes Resoluciones como la de 28 de julio de 1994 (Expte. 339/93, COAM), la de 4 de marzo de 1994 (Expte. r 71/94, Farmacias de Canarias) o la de 17 de enero de 1995 (Expte. R 99/94, Ayuntamiento de Sabadell), en las que, en general, afirma su falta de competencias para revisar la actividad administrativa de organismos públicos que no actúan como operadores económicos. Más concretamente, en la Resolución r 363/99, CSt-D.G.Aviación Civil, en su Fundamento de Derecho Primero, el Tribunal entendió que "la revisión de la adecuación de los actos administrativos a las leyes en que se fundamentan corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".
>
> En este mismo sentido puede verse la Resolución de la CNMC de 19 de diciembre de 2019 en un asunto en que se cuestionaba la actuación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria:

Al contrario, cuando la administración pública actúa en el mercado en tanto que operador económico[88] le serán plenamente de aplicación las prohibiciones de la LDC y por tanto deberá verse si las conductas cuestionadas derivan de la aplicación de una ley para que opere la exención legal[89] [90]. Como ha señalado la Audiencia Nacional en la Sentencia de 26 de marzo de 2018:

> "Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia - y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa -, pero otra cosa es cuando actúa sometida a Derecho Privado, como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades. Este supuesto se nos plantea, cuando la Administración ejerce funciones que no le son propias como ente de Derecho Público re-

"De la documentación que obra en el expediente, no se derivan indicios de vulneración del derecho de la competencia en el presente caso. De una parte, el acuerdo de denegación de 16 de octubre no puede considerarse un acuerdo colusorio prohibido, ya que se trata de un acto unilateral de la AEAT, por lo que no existe el elemento de multilateralidad o, al menos, bilateralidad que requiere el tipo previsto en el citado precepto para una concordancia de voluntades anticompetitiva; tampoco esta decisión de la AEAT puede considerarse una actuación material facilitadora o instigadora de un acuerdo colusorio. Igualmente, al actuar la AEAT en ejercicio de sus propias competencias como autoridad encargada de otorgar la autorización para el depósito fiscal de hidrocarburos, y no ser operador económico en el mercado afectado ni detentar una posición de dominio en el mismo, no se observan tampoco indicios de la posible existencia de conductas prohibidas por los artículos 2 y 3 de la LDC. De acuerdo con todo ello, esta Sala considera que no se dan los requisitos previos necesarios para que el artículo 4.2 pueda ser de aplicación en el presente caso."

Resolución de 19 de diciembre de 2018, Expte. S/DC/018/19, GN Fuel Tank. Puede verse también la Resolución de la CNMC de 12 de enero de 2016, (Expte. S/DC/0523/14, SAS) en que se cuestionaba la actuación del Ministerio de Sanidad. O la Resolución de la CNMC de 6 de febrero de 2014 (expediente S/0420/12 AENA 2) en que se cuestionaba la actuación de AENA Aeropuertos SA sociedad mercantil estatal constituida mediante acuerdo del Consejo de ministros de 25 de febrero de 2011.

[88] Evidentemente la LDC aplica con plenitud a las empresas públicas. A título de ejemplo puede verse la Resolución CNMC de 18 de febrero de 2022, S/0041/19, Correos 3.

[89] Puede verse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2003 en que se analiza la aplicación de la LDC a un ente público

"Del tenor del párrafo segundo el Art. 2.1 de la Ley , se despeja cualquier duda sobre si las Administraciones Públicas, pueden ser sujetos de las prohibiciones establecidas en el Art. 1 en sentido afirmativo, por tanto es irrelevante a los efectos que nos ocupan, que el IMET no sea un agente económico, sino un organismo autónomo de carácter administrativo, con personalidad jurídica propia creado al amparo del Art. 85.3 de la Ley 7/85 reguladora de las Bases del Régimen Local y del Art. 15.3 de la Ley Catalana 7/1.987."

[90] Una cuestión distinta a la aplicación de la LDC a la administración pública es la actuación de ésta ya no como participante de la conducta sino generando una confianza en los intervinientes. Quizá el asunto donde se percibe con mayor claridad esta cuestión es la Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021, Expediente S/DC/0627/18, Consultoras en que se analiza esta tipología de asuntos y la cuestión de la confianza legítima que ha generado la actuación administrativa:

"La mayoría de las empresas han alegado que el papel de la Administración como impulsor de las conductas habría permitido excluir la responsabilidad de las empresas en la comisión de la infracción. Consideran que la participación de la Administración les habría generado la confianza suficiente para entender que con su actuación no se estaban transgrediendo las normas de defensa de la competencia."

En este mismo sentido, Resolución 11 de julio de 2019, Expte. S/0425/12 Industrias Lácteas 2.

vestido de imperio, esto es, cuando actúa al margen de la habilitación legal de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines."[91]

Este deslinde ya lo apuntó CERDA MARTINEZ-PUJALTE, indicado que "en tal sentido, según jurisprudencia comunitaria consolidada, debe distinguirse, entre el supuesto en que el Estado actúa ejerciendo la autoridad pública y el caso en que actúa ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado. De tal manera que, siendo el objeto del derecho de la competencia las actividades económicas de los operadores en el mercado, cuando la actividad del organismo se vincula al ejercicio de prerrogativas típicas del poder público, la misma queda exonerada de la aplicación de las prohibiciones de competencia, aunque por la misma se perciba una remuneración. Ahora bien, cuando ejerza actividades económicas, ya sea a través de una entidad distinta o empresa pública o directamente, a través de un órgano que forme parte de la administración del estado, su actuación puede ser tipificada como infracción de competencia a todos los efectos"[92].

En esta línea de considerar la no aplicación de la LDC en los casos en que la administración pública no desarrolla una actividad económica en el mercado puede verse la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de julio de 2013:

"Por lo tanto la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de las normas de defensa de la competencia no depende de la naturaleza jurídica del sujeto infractor sino del contenido de la actividad realizada, que debe ser una actividad económica en el mercado. Descartado por la propia CNC que en este caso se realice una actividad económica en el mercado, no está sujeta entonces dicha actividad realizada por el sujeto sancionado a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado FUE al tratase de una actividad que por su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos."[93]

Pero el análisis, no es tan simple y debe ser matizado por la práctica administrativa. No siempre se puede sostenerse la afirmación de que la aparición, mención o referencia de una potestad pública provoca de forma automática la no aplicación de la normativa de defensa de la competencia[94]. Como ha indicado el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de julio de 2016:

"no siempre resulta sencillo determinar si una Administración está actuando, o no, en el ejercicio de potestades públicas. Sobre todo, si, como sucede en el caso que examinamos, su actuación no se exterioriza en actos formales, realizados a través del procedimiento

[91] Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2018, 974/2018. En estos mismos términos se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, 6610/2008.

[92] CERDA MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen M., La administración pública como infractora de las normas de competencia: ¿Aplicación extensiva o racional?, Anuario de la Competencia 2019.

[93] Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2013, 3472/2013.

[94] Como ha señalado ORTEGA BERNARDO, Julia, La aplicación de las normas de competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local, en Información Comercial Española, Revista de Economia, nº 876, 2014, ISSN 0019-977X, ISSN-e 2340-8790, "en el ejercicio de sus funciones los órganos de defensa de la competencia, la CNC y los órganos autonómicos pueden sancionar a las organizaciones jurídico-públicas locales, por incurrir en prácticas prohibidas por el Derecho de la competencia, bien cuando actúen como operadores económicos, bien cuando ejerzan poder público, en la medida en que se produzcan restricciones a la libre competencia y las mismas no se encuentren amparadas en una ley".

establecido en las normas, sino que se plasma en actuaciones materiales, más o menos difusas, cuya impugnación en vía jurisdiccional conforme a lo previsto en el citado artículo 12.3 de la Ley 15/2007 resultaría escasamente viable"[95]

En este sentido, puede verse la Resolución de la CNC de 16 de septiembre de 2013 en que se afirma:

"En estas actuaciones la APV no estaba actuando en su calidad de administración pública, sino como un agente de los mercados que confluyen en la actividad portuaria, porque no olvidemos que si bien la APV puede en ciertos aspectos considerarse una autoridad administrativa (en la concesión y regulación de las actividades del puerto que le atribuye la Ley y la normativa vigente), es también un operador económico que como gestor compite con otros puertos para la atracción de los fletes y en la prestación de los distintos servicios portuarios."[96]

De ello resulta que la simple referencia al ejercicio de potestades administrativas no excluye de forma automática la aplicación de la LDC. Como ha indicado la CNMC en su Resolución de 4 de octubre de 2024:

"De esta forma, independientemente de la publicidad que hace el CGPE de su servicio de subasta y venta directa como servicio público (cuestión que se valorará jurídicamente infra en la sección 5.4.3), la actuación en este ámbito del CGPE y de los colegios de procuradores es una actividad económica ya que supone ofrecer bienes y servicios en el mercado."[97]

Por ello, el análisis no debe centrarse en la naturaleza jurídica de la actuación administrativa y si la misma queda sujeta o no al derecho administrativo[98]. Atendamos en este sentido a la Resolución del TDC de 29 de marzo de 2000 en que se consideró que un ente metropolitano de Barcelona con competencia en el sector del taxi había infringido la LDC[99]. Es importante

---

[95] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, recurso 2946/2013. La misma Sentencia indica:

"Siendo ello así, es indudable -la propia sentencia recurrida lo admite y no ha sido cuestionado en casación- que en el caso que nos ocupa la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia; todo ello en los términos que describe la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, que atribuye a la Administración autonómica "...un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros...". Por tanto, debe considerarse ajustada a derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declara a la citada Consejería de la Junta de Andalucía responsable de una conducta infractora del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia."

[96] Resolución CNC de 26 de septiembre de 2014, (Expte. S/314/10 Puerto de Valencia).

[97] Resolución CNMC de 4 de octubre de 2024, S/0001/21 Plataforma de subastas electrónicas.

[98] Como han señalado COSTAS y HORTALA, "las prohibiciones de conductas anticompetitivas se aplican con normalidad a las conductas de la Administración que supongan el ejercicio de una actividad económica, incluso cuando esa actividad adopta la forma de actuación sujeta al Derecho administrativo, así como cuando se realiza al margen de la habilitación legal para el cumplimiento de sus fines públicos, pues lo relevante es que se trata de una actividad que se desarrolla en el mercado." COSTAS COMESAÑA, Julio y HORTALÀ i VALLBE, Joaquim, La tipificación de la actividad de la administración como facilitadora de carteles, Anuario de la Competencia 2013.

[99] Resolución del TDC de 29 de marzo de 2000 (Expte. 452/99, Taxis Barcelona). Esta resolución fue confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2003. Sobre esta resolución puede verse ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI, GABRIELA (2000) "Aplicación de las normas sobre competencia al servicio de taxis

que la autoridad de competencia entra a valorar la actuación del ente administrativo para advertir que carece de potestad pública:

> "En relación con este extremo hay que tener en cuenta que, en efecto, el IMET tiene competencias para contingentar las licencias de autotaxis en el momento de su concesión y puede limitar la concesión de aquéllas que trabajan a doble turno, en cuyo caso contaría con el amparo legal del art. 2 LDC. Por el contrario, no existe ninguna normativa que habilite a dicho Organismo a contingentar las licencias de autotaxis que trabajen a doble turno entre las existentes en un momento determinado."

En esta línea de interpretación puede verse como exponente de esta situación la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009 en que la autoridad de competencia analiza las competencias públicas en presencia y como a su entender la actuación enjuiciada no es adecuada a las normas de competencia ni deriva de un imperativo normativo:

> "Es decir, a juicio de este Consejo, la facultad de realizar la "ordenación" de las farmacias teniendo en cuenta el criterio de "planificación general" de las oficinas de farmacia que concede el actual art. 84 de la Ley 29/2006 (anteriormente art. 88 de la Ley 25/1990) ampara el establecimiento de barreras de entrada al mercado de suministro de medicamentos a la población en general a través de oficinas de farmacia, pero en modo alguno permite a la autoridad sanitaria responsable de la prestación pública farmacéutica a residentes en centros socio sanitarios, alcanzar acuerdos con la representación corporativa de las farmacias ya instaladas en el mercado, que tengan por objeto (o efecto) el reparto de este concreto mercado de suministro directo de la prestación farmacéutica a centros socio sanitarios entre las farmacias que, pudiendo conforme a las normas del turno, quieran entrar a formar parte del mismo" [100]

Obviamente, ello no implica que la autoridad de competencia pueda determinar la nulidad de la actuación administrativa, ya que esta función queda reserva en nuestro ordenamien-

(Resolución del TDC de 29 de marzo de 2000, expediente 452/99, Taxis de Barcelona" Anuario de la Competencia 2000. PADROS REIG, C. "Taxi-cab regulation in Spain: an example of Hamletian dilemma" European Transport Law. Vol. XLI, nº 2 2006.

[100] Resolución de 14 de abril de 2009 de la CNC, Expte. 639/08 Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha. Confirmada en sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012. Sobre esta Resolución puede verse, GUILLÉN CARAMES, Javier, Alcance de las actuaciones restrictivas de la competencia realizadas por las Administraciones Públicas. ¿Qué medidas de reacción tiene el derecho de competencia frente a las mismas? (A propósito de la resolución Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha, Expte 639/08, en Regulación y competencia: en busca de efectos no deseados, ACCO, 2012, ISBN 9788439390589.

O como señala también la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2010 (158/2010) en que cuestiona un convenio suscrito entre un Ayuntamiento y una asociación de empresarios de ferias:

"No se trata, en este caso, de si el convenio entre el Ayuntamiento y la Asociación recurrente se llevó a cabo o no con sujeción a las normas reguladoras de la contratación administrativa por los Ayuntamientos, lo que no está en modo alguno probado en el expediente, en el que por cierto el SDC pone de manifiesto que se trata de una adjudicación en exclusiva sin mediar concurso, sino que tal cuestión es ajena al presente recurso, en el que se considera por la Resolución impugnada que las normas de la competencia son aplicables a la actividad de ferias que se desarrollan en los municipios, y que un convenio como el examinado entre el Ayuntamiento y la Asociación de Industriales Feriantes está sujeto a las normas de la LDC."

to jurídico al orden judicial contencioso administrativo. Pero la autoridad administrativa de competencia sí es capaz de enjuiciar esa actuación administrativa y dilucidar que infringe la normativa de competencia y en su caso imponer la correspondiente sanción. Es decir, no puede expulsar del ordenamiento jurídico esa actuación administrativa, aunque si considerarla no ajustada a las normas de competencia e imponer una sanción a la administración infractora[101]. Ya en 1996 el TDC se pronunciaba sobre esta cuestión refiriendo que:

> "El Tribunal ha mantenido en numerosas ocasiones que no es el órgano de revisión de normas y actos administrativos, pero sí es el competente -el único órgano administrativo competente- para determinar si una práctica presente en el mercado es restrictiva de la competencia, si puede ser calificada como un acuerdo en los términos del artículo 1 de la LDC y si, en caso afirmativo, goza de la excepción de su artículo 2. No se trata de que el Tribunal vaya a sustituir a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso en la revisión de la actuación administrativa, sino de ejercer sus competencias, que son irrenunciables, consistentes en la adopción de resoluciones relativas a las conductas anticompetitivas en el mercado en aplicación de las normas nacionales y comunitarias de Defensa de la Competencia que pueden ser, naturalmente, objeto de control jurisdiccional precisamente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. No hay riesgo, por tanto, de que, acudiendo a los órganos de Defensa de la Competencia para combatir una conducta restrictiva de la competencia en aplicación de la LDC, un denunciante pueda sustraer de los tribunales contencioso-administrativos el juicio sobre la actuación de uno o varios órganos administrativos en los extremos para los que dichos tribunales son competentes"[102]

Y en un asunto parecido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de marzo de 2015 en el sentido de considerar aplicable la normativa de competencia a la autoridad administrativa cuestionada. Evidentemente la administración consideraba que el convenio cuestionado, suscrito por el departamento de salud de una comunidad autónoma y un colegio profesional de farmacéuticos, derivaba del ejercicio de sus funciones públicas y por tanto no podía ser analizado desde la óptica del derecho de la competencia. El Tribunal Supremo rechaza este planteamiento e indica:

> "La sentencia recurrida -lo mismo que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que en ella se confirma- no ignora, ni desde luego cuestiona, las competencias de la Administración autonómica de Castilla y La Mancha en relación con la regulación y gestión del servicio público sanitario. Lo que hacen la resolución administrativa y la sentencia es, sencillamente, salir al paso de una conducta que, aunque se dice llevada a cabo en el ejercicio de aquellas competencias, resulta vulneradora del derecho de la competencia. En fin, como hemos visto al examinar el motivo de casación formulado por el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla La Mancha, el hecho de que la conducta infractora

[101] Resulta interesante el cuestionamiento desde el derecho de la competencia de esta opción que plantea CERDA MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen M., La administración pública como infractora de las normas de competencia: ¿Aplicación extensiva o racional?, Anuario de la Competencia 2019. Sirva a modo de introducción, "A nuestro entender, las anteriores consideraciones suponen un salto cualitativo en la interpretación del ámbito subjetivo de aplicación de las infracciones de competencia que irían en contra del fundamento y finalidad propios del derecho de la competencia, sobre las que merece la pena llamar la atención."

[102] Resolución del TDC de 30 de abril de 1996 (Expte. R 148/96, TRAGSA).

se haya realizado invocando el ejercicio de una competencia legalmente atribuida no determina por sí mismo que se deba operar una cláusula del artículo 4.1 de la Ley 15/2007"[103]

Obviamente, no en todos los asuntos se alcanza esta conclusión. En algunos expedientes la autoridad de competencia analiza la actuación administrativa y concluye que se ha desarrollado de conformidad con la normativa de aplicación para considerar que no procede la aplicación de la LDC. Puede verse en este sentido, la Resolución de la CNMC de 28 de junio de 2021:

"En cualquier caso, no se constata la existencia de una conducta que pudiera resultar sancionable en aplicación de la LDC, al no apreciar un empleo inadecuado de las competencias y potestades atribuidas a la DGECC en los hechos denunciados. Por tanto, la decisión cuestionada es un acto administrativo formalmente adoptado por la DGECC en el ejercicio de sus competencias, por lo que, en este caso, el mecanismo adecuado de actuación sería, en todo caso, la eventual impugnación del acto formalmente adoptado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa"[104]

Por tanto, no procederá una exclusión automática de la aplicación de la LDC en casos en que opere una administración pública[105], aunque sea en formal ejercicio de potestades públicas. Evidentemente, habrá que estar a la posible reacción judicial a la que nos referimos más adelante, pero como ha señalado el Tribunal Supremo

"la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando"[106]

Deberá atenderse a la realidad de la actuación administrativa para considerar que le resulta de aplicación la LDC y en su caso deberá verse si tal conducta puede quedar cubierta por la exención legal del artículo 4 LDC

[103] Recurso de casación 283/2009. En la misma fecha el Tribunal Supremo resolvió otros recursos refiriendo lo explicado en la sentencia indicada. Sobre este conjunto de casos y los pronunciamientos iniciales de la autoridad de competencia puede verse BERENGUER FUSTER, Luis y BACHES OPI, Sergio, Actividad administrativa, libre competencia y unidad de mercado, Anuario de la Competencia, 2016. Sobre estos casos puede verse también PADROS, Carlos, La presencia de la administración pública en carteles privados: la regulación administrativa-colusoria, Revista General de Derecho Administrativo 32 (2013).

[104] Resolución CNMC de 29 de junio de 2021, Epte. S7004/20, Sampor Energía SL. En este mismo sentido puede verse la Resolución de 28 de mayo de 2020, Expte. S/0643/18, Futuver Consulting en que se analiza la conducta del Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España y se afirma:

"Esta Sala considera que no cabe concluir que el desarrollo de EXPERIOR esté fuera de las funciones del COLEGIO."

[105] Como ejemplo evidente de ello pueden encontrarse numerosos expedientes en que se analiza y se cuestiona la actuación de colegios profesionales, administración corporativa. Sirva como ejemplo la Resolución de la CNMC de 1 de septiembre de 2015, (Expte. S/0491/13 Colegio Abogados de Guadalajara) en que se cuestiona el Reglamento del turno de oficio, asistencia al detenido o preso y derecho a la justicia gratuita del Iltre. Colegio de Abogados de Guadalajara.

[106] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, recurso 2946/2013.

En todo caso, en los casos en que la conducta no puede ser revisada desde la perspectiva de las prohibiciones de la LDC ello no implica que no puedan ser cuestionadas desde la óptica del derecho de defensa de la competencia. En este sentido, es importante señalar la legitimación expresa de la CNMC[107] para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo[108] y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados[109].

Los términos "conductas que resulten de la aplicación de una Ley"

Examinados los anteriores aspectos debemos atender a la cuestión clave que es la interpretación del artículo 4 LDC cuando dispone que las prohibiciones establecidas en la misma no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. Como ha indicado el Tribunal Supremo (la referencia es el precepto de la Ley 16/1989, pero que es extrapolable por ser muy similar al vigente):

> "dicho precepto se refiere a la exclusión de la antijuridicidad objetiva del hecho, en principio ilícito, al quedar afectada por una causa de justificación suficiente (la cobertura directa de otra ley)."[110]

La interpretación de estos términos, "conductas que resultan de la aplicación de una ley", es la cuestión clave. Compartimos el criterio de que este precepto debe ser objeto de una inter-

[107] Artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Sobre el tema puede verse MARCOS, Francisco, Reacción de las autoridades de competencia españolas frente a las restricciones injustificadas de la libre competencia, Anuario de la Competencia 2018.

[108] La actuación de la CNMC en el ejercicio de esta competencia puede verse en https://www.cnmc.es/impulsamos-la-competencia/mejoramos-la-regulacion/impugnaciones/impugnaciones-del-articulo-5-4-de-la-ley-de-creacion-de-la-cnmc

[109] La misma legitimación se atribuye a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el artículo 13.2 de la LDC:

Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

[110] Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio 2013, 3139/2013. Como ha indicado SOLERNOU SANZ, Stella, Conductas exentas por ley, conductas de menor importancia y declaraciones de inaplicabilidad, en CARBAJO GASCON, Fernando (Coord) Manual práctico de Derecho de la Competencia, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2026, ISBN 979-13-7021-149-3: "La exención legal prevista en el art. 4 LDC implica el levantamiento de la prohibición de una conducta cuyo carácter restrictivo de la competencia se reconoce abiertamente. Por tanto, la naturaleza jurídica de esta disposición es constitutiva y no meramente declarativa. Otorgarle un efecto constitutivo significa reconocer que las conductas contempladas por la ley son materialmente restrictivas de la competencia; no obstante, se permiten. Supone una derogación, pasa casos concretos, del régimen jurídico general y conlleva la cesación de la prohibición".

pretación restrictiva en la medida que implica el desplazamiento de la LDC.[111] En este sentido, se pronunció ya el TDC en 2003 en su Resolución de 20 de junio.

> "De todo cuanto anteriormente ha quedado expuesto se deduce que la interpretación de los supuestos de amparo legal ha de ser estricta, e incluso restrictiva, pues solamente han de considerarse incluidos en la figura aquellas conductas que respondan a una voluntad explícita del legislador"[112]

En el encaje de la exención legal en el ordenamiento jurídico, que se ha explicitado anteriormente, es necesario requerir que el legislador que está desplazando la aplicación de las normas de defensa de la competencia exprese una voluntad de regular la materia habilitando a los operadores económicos a incurrir en conductas prohibidas por la LDC. Entre las diversas acepciones que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua nos ofrece del vocablo "resultar" es evidente que para la interpretación del artículo 4 de la LDC debemos optar por la segunda que indica que resultar es "dicho de una cosa: nacer, originarse o venir de otra"[113]. Esta, sin duda, ha de ser la relación entre la conducta y la ley. La conducta debe nacer, originarse o venir de la norma legal.

Es evidente que la opción óptima sería que el legislador explicitara de forma expresa la voluntad de que las conductas de los operadores económicos no se rijan por las normas de competencia en el ámbito concreto en que está interviniendo.

Un ejemplo claro de ello lo encontramos en la histórica Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión y reindustrialización, en cuyo artículo 14 se disponía expresamente:

> "Quedarán excluidas de la prohibición contenida en el artículo 1, de la Ley 110/1963, de 20 de julio, las prácticas que, sin dar a los partícipes la posibilidad de excluir la competencia en precios, sean necesarias para la consecución de los objetivos perseguidos por la reconversión que se proyecta, y su duración no exceda de la fijada para la ejecución de esta última."[114]

Con este precepto el legislador fue claro. Optó por excluir la aplicación de las normas de competencia (salvo las relativas a precios) para dar plena operatividad a las medidas contenidas en la ley de reconversión industrial.

Pero es evidente que esta opción no es la común[115]. En la práctica totalidad de ocasiones el legislador adopta una regulación en una determinada materia sin hacer esta expresa men-

---

[111] BERENGUER FUSTER, Luis, Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, Anuario de la Competencia 1997.

[112] Resolución TDC de 20 de junio de 2003, Epte. 544/02, Colegio Notarial de Madrid.

[113] El resto de las acepciones del Diccionario de la RAE no encajan en este empleo: Dicho de una cosa: redundar; Dicho de una cosa: aparecer, manifestarse o comprobarse; Llegar a ser; Tener resultado; Resaltar o resurtir; Producir agrado o satisfacción.

[114] Aunque debe advertirse que el mismo artículo 14 en su apartado 2 establecía relativa cautela sobre esta exención al requerir declaración de los Ministerios de Economia y Hacienda e Industria y Energía:

> La necesidad de tales prácticas para la ejecución del plan de reconversión será declarada, en su caso y previa audiencia de los interesados, por los Ministerios de Economía y Hacienda e Industria y Energía

[115] Un ejemplo a nivel derecho de la Unión Europea de esta exclusión expresa de la aplicación de las normas de competencia lo encontramos en el artículo 41 del Reglamento 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Con-

ción y deberá atenderse entonces a interpretarse si las conductas prohibidas que se detectan merecen la exención legal por resultar de la aplicación de una ley.

Una primera aproximación que se mantuvo por la autoridad de competencia consistía en habilitar la operativa de la exención legal en los casos en que la norma legal autoriza una determinada conducta. En este sentido puede verse la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de abril de 1997 en que se cuestionaba un acuerdo entre empresas aseguradoras y si el mismo era un coaseguro amparado por la Ley de contrato de seguro y por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados[116]. Estimó el Tribunal que:

> "Siendo el coaseguro una modalidad de oferta de seguro amparado por la Ley 50/1980, de Regulación del Contrato de Seguro y por la Ley 21/1990, de adaptación al derecho español de la Directiva 88/357/CEE sobre la libertad de servicios en seguros distintos al de vida y

sejo de 11 de diciembre de 2013 que dispone con el título "Excepciones a la aplicación de las normas sobre competencia":

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 40 del presente Reglamento, el artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas de las organizaciones de productores que afecten a la producción o venta de los productos de la pesca y de la acuicultura, o a la utilización de instalaciones comunes para el almacenamiento, tratamiento o transformación de los productos de la pesca y la acuicultura y que:

a) sean necesarios para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE,

b) no impliquen la obligación de cobrar precios idénticos,

c) no entrañen en modo alguno una compartimentación de los mercados dentro de la Unión,

d) no excluyan la competencia, y e) no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión.

2. No obstante lo dispuesto en el artículo 40 del presente Reglamento, el artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas de las organizaciones interprofesionales que:

a) sean necesarios para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE,

b) no impliquen la obligación de cobrar un precio establecido

c) no entrañen en modo alguno una compartimentación de los mercados dentro de la Unión,

d) no apliquen a terceros condiciones desiguales para transacciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva,

e) no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión,

f) no creen otras restricciones a la competencia que no sean esenciales para lograr los objetivos de la PPC

[116] Resolución TDC de 7 de abril de 1997 (Expte. 388/96 Seguros Empresas Transportistas).

Se puede referir como ejemplo también de este criterio la Resolución del TDC de 13 julio de 1998 (Expte. R281/97, Universidad Politécnica de Valencia). El recurso interpuesto contra la misma fue desestimado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2002 en la que se afirma

"Al tratarse de una actividad realizada al amparo de una disposición de carácter legal, es innecesario examinar si estamos ante alguna de las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, en virtud de lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 2 de la misma LDC.

de actualización de seguros privados, debe concluirse que tal práctica, en cuanto a la concertación que supone entre compañías aseguradoras, acorde con su propia naturaleza, es una conducta autorizada por la Ley de conformidad con cuanto determina el art. 2.1 LDC.

En similares términos puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2008 relativa a la pretendida aplicación de la exención legal por aplicación de la vigente en ese momento Ley de envases y residuos de envases[117] y la Resolución de la CNC de 17 de mayo de 2010[118].

En esta línea es remarcable la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 que considera de aplicación la exención legal en la medida que la condición de exclusividad de determinados contratos estaba prevista en la ley sectorial[119]. La autoridad administrativa había considerado que la permisividad de tales previsiones contractuales en la norma legal no era suficiente para aplicar la exención legal. La autoridad después de analizar el régimen jurídico de aplicación fue contundente y en unos términos claros sobre la no exigencia de la conducta enjuiciada en la ley:

---

[117] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 diciembre de 2008, Rec. 2038/2006. En que se afirma:

"Esta regulación se configura, efectivamente, como una excepción legal de las contempladas en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, pero sólo el caso de un SIG que se constituya de conformidad con los términos previstos en los artículos 7 y siguientes de la Ley de Envases y Residuos de Envases e incurriera en las prohibiciones del artículo 1 de la propia Ley de Defensa de la Competencia. Tiene razón la Sala de instancia, por tanto, en excluir su aplicación al caso al no tratarse en el supuesto de autos de un SIG configurado de acuerdo con lo previsto en la Ley de Envases y Residuos de Envases, al no haber sido autorizado en la forma y con los requisitos previstos en la Ley (lo que sólo ocurriría en 2.005, muy posteriormente a la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia). En modo alguno puede considerarse que la autorización prevista en la Ley de Envases y Residuos de Envases sea un mero trámite administrativo intrascendente para la aplicación de la previsión del artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , ya que los artículos 7 y 8 de la propia Ley de Envases y Residuos de Envases someten a los SIG a determinados límites y requisitos y al consiguiente control administrativo, todo lo cual resulta esencial para admitir que su constitución pueda catalogarse como un acuerdo "que resulte(n) de la aplicación de una ley" y, en consecuencia, que quede comprendido en la excepción del artículo citado de la Ley de Defensa de la Competencia.

[118] Resolución CNC de 17 de mayo de 2010 (Expte. S/0106/08, Almacenes Hierro). Se afirma

"La UAHE considera que la fijación de los recargos financieros mínimos del documento que contiene los extras mínimos a aplicar en el nuevo sistema de facturación aprobado en la Asamblea General de 11 de enero de 2008 sería una conducta exenta por aplicación del art. 4.1 de la LDC en relación con los artículos 5 y 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en la medida en que los recargos financieros fijados en ese documento "están en línea" con los que resultan de la aplicación de la Ley 3/2004, es decir, a los tipos de interés legal de demora vigentes durante el segundo semestre de 2007 y durante el año 2008. Este Consejo no cuestiona si los recargos financieros determinados por la UAHE son coincidentes o están más o menos en línea con el interés legal de demora que, conforme a la legislación citada, podría legítimamente reclamar individualmente el almacenista al cliente que se retrasa en el pago de la mercancía servida, sino el hecho de que una asociación de empresas haya determinado y recomendando el recargo financiero mínimo que sus asociados deben reclamar a los clientes, y siendo ésta la conducta imputada resulta evidente que no está amparada por la Ley 3/2004 y, en consecuencia, no resulta de aplicación la exención legal del art. 4.1 de la LDC."

[119] Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010, Rec. 5570/2007. Sobre esta sentencia puede verse GUTIERREZ, Alfonso y LORENTE, Fernando, La exención legal de la Ley de Defensa de la Competencia, Actualidad jurídica Uria Menendez, 28-2011.

> "El contrato no puede acogerse a la previsión de amparo legal establecida en el artículo 2 de la LDC dado que el artículo 47 de la Ley 34/1998 del sector de Hidrocarburos permite la firma de pactos de suministro en exclusiva entre operadores y comercializadores en el caso de que éstos sean agentes a comisión integrados en las redes de distribución de los primeros, pero no lo exige[120]."

Pero el Tribunal Supremo no admitió esta interpretación y en la referida Sentencia consideró:

> "El error de la Sala de instancia, en el que coincide con el Tribunal de Defensa de la Competencia, deriva de no advertir en sus debidos términos que aquellos contratos de exclusividad gozaban, en principio, de una autorización ex lege. El argumento empleado para rechazar la cobertura legal de esta figura contractual es muy débil…. Precisamente porque la Ley específica del sector de hidrocarburos permitía este tipo de pactos de exclusiva (sujetos a la condición de atender el reparto domiciliario, como contrapartida), la función del órgano administrativo encargado de defender la competencia no podía traducirse -como así viene a ocurrir- en negar la premisa misma que la Ley 34/1988 ya había fijado al regular el mercado de la distribución de gases licuados del petróleo y al autorizar de modo expreso los contratos de exclusividad….. Pues bien, si la Ley 34/1988 autorizaba de modo expreso y general, bajo la condición ya expuesta, este tipo de pactos de exclusiva, la Administración del Estado sujeta al cumplimiento de la Ley (en la que se integra el Tribunal de Defensa de la Competencia) no podía oponerse a la autorización singular de uno de ellos negando las mismas razones de principio que la propia Ley ya había valorado y considerado justificadas. Y la Sala de instancia no puede, por su parte, corroborar la conformidad a derecho de la decisión administrativa que así se pronuncia. No se ha discutido que los pactos objeto de la solicitud incorporaban el compromiso de respetar el deber de reparto domiciliario según los términos legales."

Por ello, considera el Tribunal Supremo en esta sentencia que:

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

Según nuestro criterio una mera vinculación de la conducta con la norma legal no puede ser considerada como cobertura suficiente para la aplicación de la exención legal. "No toda conducta que se efectúe en aplicación de una Ley tiene *per se* la cobertura que dispone el artículo 4 LDC. La conducta restrictiva ha de resultar de la aplicación de la Ley"[121]. En este sentido, puede ser útil la reflexión del Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de noviembre de 2008 al no equiparar la exención legal del artículo 4 con la habilitación legal que necesitan las administraciones públicas para actuar:

---

[120] Resolución TDC de 21 de mayo de 2004 (Expte. A 317/02, Comercialización GLP).

[121] CASES PALLARES, Lluis, Regulación y competencia. Límites y conexiones, en Derecho de la regulación económica. I Fundamentos e instituciones de la regulación, 2009, ISBN 978-84-9890-046-0, Iustel.

> Pues bien, ya hemos anticipado antes, al rechazar la argumentación de la Sala de instancia, que no puede equipararse esta cláusula de excepción con la necesaria habilitación legal para actuar que necesitan las Administraciones públicas o las entidades de cualquier tipo que se encuentren sujetas al derecho administrativo en todo o en parte de su actividad. Semejante interpretación supondría sin más una exclusión genérica de su sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia que choca con el carácter general de su regulación y que privaría de sentido a la propia previsión excepcional del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia"[122]

La interpretación de los términos ha evolucionado y la autoridad de competencia se ha pronunciado de forma precisa en la Resolución de 6 de octubre de 2011. La resolución indica que los términos de la exención legal requieren que con "meridiana claridad el legislador permita una práctica objetivamente anticompetitiva":

> "Es cierto que conforme al artículo 4 de la LDC, la normativa sancionadora de defensa de la competencia no será de aplicación a aquellas conductas que estén amparadas por la Ley. No obstante, este precepto debe ser interpretado en el sentido de que fuera de los supuestos en que con meridiana claridad el legislador permita una práctica objetivamente anticompetitiva, no cabe hablar de amparo legal a una conducta. O lo que es lo mismo, no resulta relevante que la actuación de una Administración esté genéricamente amparada por una norma con rango de ley, sino que es necesario que no exista ningún tipo de duda sobre que una actuación concreta, de carácter objetivamente anticompetitivo, está excluida. En estos casos, la CNC no podría apreciar la existencia de infracción ni, por lo tanto, sancionar ya que nos encontraríamos ante una conducta típica pero no antijurídica, en la medida en que no es contraria a Derecho" [123].

La interpretación no es pues meramente que la conducta esté autorizada o habilitada por una ley, sino que hay que analizar si el legislador ha pretendido "con meridiana claridad" dar cobertura a una práctica anticompetitiva. O como ha indicado la autoridad en otras resoluciones que la exención "resulte de la voluntad explícita del legislador"[124].

---

[122] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, 6610/2008.

[123] Resolución CNC de 6 de octubre de 2011, Expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez.

[124] Resolución TDC de 20 de junio de 2003, Expte. 544/02, Colegio Notarial de Madrid. Resulta de interés reproducir la aproximación que se realiza en esta Resolución:

> "Resulta preciso confrontar la conclusión anterior con el contenido de los acuerdos denunciados, para observar si están acogidos al amparo legal previsto en el artículo 2.1 LDC. Para ello es preciso realizar una serie de consideraciones previas acerca de este precepto. En primer lugar, resulta necesario recordar que el precepto incluido en el artículo 2.1 LDC contiene una excepción a la aplicación de la prohibición de ententes colusorias incluida en el artículo 1 de la misma Ley. En segundo lugar, se puede indicar que no solamente se trata de una excepción sino que se trata de una excepción que resulta indeseable para el legislador. Ello resulta del hecho cierto que supone el reconocimiento de que una norma tenga que recordar que algunos de sus preceptos no se aplican porque existe otra norma que así lo establece, de lo cual se traduce que el principio de una competencia libre que no quede afectada por acuerdos entre operadores económicos no rige porque existe una norma anticompetitiva que los órganos encargados de la defensa de la Competencia deben respetar. No es preciso insistir en este argumento porque de su propia formulación se deduce que, cuando se legisla pro-competencia, resulta poco grato recordar la existencia de normas anticompetitivas. Por ello, la propia norma limita el amparo legal a aquellos supuestos en los que la excepción a la aplicación resulte de la voluntad explícita del legislador"

En este sentido, puede verse que el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de marzo de 2015 expresa que la exención legal del artículo 4 exige

> "el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 -como el anterior artículo 2.1 de la Ley 16/1989 - no pretende sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquellas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad -expresa o implícita- de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones del artículo 1 de la propia Ley 15/2007"[125]

Compartimos el criterio establecido por el Tribunal Supremo relativo a que la previsión del artículo 4 LDC obliga a una norma con rango de ley que autorice una conducta que en caso contrario estaría prohibida por la LDC:

> "debe entenderse, por el contrario, como una previsión legal que autoriza a una conducta que, por sí misma, estaría incursa en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley"[126]

En definitiva, esta interpretación nos lleva a insistir en que la norma legal tiene que imponer al operador la realización de la conducta que en caso contrario estaría prohibida por la LDC. "La relación entre competencia y regulación no es estática. Las normas de la competencia serán las rectoras del proceso competitivo en aquellos sectores o espacios de los mismos en que la regulación atribuye capacidad de decisión a los operadores económicos. Al contrario, cuando éstos actúan sin margen de maniobra en el senti9do fijado por la regulación económica las normas de la competencia serán desplazadas"[127]. Si el operador actúa en el marco de la norma legal no ha de tener opción para no incurrir en una práctica prohibida[128]. La norma legal no ha de dejar margen de decisión al operador. Si éste aplica la ley sectorial necesariamente debe estar incurriendo en alguna de las conductas prohibidas por la LDC, pero tiene la cobertura de la exención legal. En cambio, cuando la norma legal ofrece margen de decisión al operador y éste puede desarrollar bien una conducta prohibida o bien una conducta que no estaría prohibida si opta por la primera opción no debería tener la cobertura de la exención legal. Consideramos que esta debe ser la interpretación del artículo 4 de la LDC, cuando la ley no se pronuncia de forma expresa, para adecuar la exención legal a su encaje en el ordenamiento jurídico.

---

[125] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015, 800/2015. Indicación que se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, recurso 2946/2013. Criterio que se repite por la CNMC en la Resolución de 22 de diciembre de 2016, (Expte. S/DC/0560/15 Colegio Abogados Guadalajara 2.

[126] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, 6610/2008. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005, 6543/2005.

[127] CASES PALLARES, Lluis, Regulación y competencia. Límites y conexiones,MUNOZ MACHADO, Santiago (Dir) en Derecho de la regulación económica. I Fundamentos e instituciones de la regulación, 2009, ISBN 978-84-9890-046-0, Iustel.

[128] En este sentido, MARCOS, Francisco, Artículo 4 Conductas exentas por ley, Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia, en MASSAGUER FUENTES, J. et AL (2020) Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Thomson Reuters-Civitas, 2024 7ª edición, 978-84-1162-941-6.

5. Conclusiones

El artículo 4 LDC permite que una norma legal desplace la aplicación de las prohibiciones que establecen sus artículos 1, 2 y 3. Esta previsión que denominamos exención legal tiene encaje en nuestro ordenamiento jurídico. Pero es necesario asegurar una adecuada delimitación ya que se está impidiendo la plena aplicación de las normas de competencia.

Este adecuado encaje exige mantener una interpretación del artículo 4 LDC en el sentido de que el legislador efectúe de manera claramente consciente el desplazamiento de la aplicación de las normas de competencia, obviamente siempre en el marco constitucional y el impuesto por las normas del derecho de la Unión Europea. Únicamente el legislador (nacional o autonómico en el marco de sus competencias) puede desplazar con una norma con rango de ley la plena aplicación de las prohibiciones del derecho de la competencia.

Para ello, la primera aproximación a la exención legal sería requerir que el legislador se pronuncie de forma expresa y declare que al aprobar la ley para regular aquello que pretende no han de ser de aplicación las normas de competencia. No hay nada más claro e inequívoco que un pronunciamiento expreso en este sentido. Creemos que con ello se solventarían todas las dudas interpretativas que hemos expuesto en la parte correspondiente de este artículo y además sería plenamente coherente con el encaje de la exención legal en el ordenamiento jurídico. No percibimos ninguna explicación o motivación de no plantear esta exigencia y que sea asumida.

En caso de no existir esta exclusión expresa resulta imprescindible requerir para la aplicación de la exención legal que la norma legal haya prescrito la conducta de los operadores económicos de forma que si no existiese estaría infringiendo las prohibiciones de la LDC. Es decir, que el legislador haya contemplado de forma expresa, nítida, indudable la conducta que los operadores económicos deben realizar y ello implica la no aplicación de la LDC. En cambio, cuando la normal legal deja margen de actuación a los operadores económicos y estos cumpliendo la ley pueden estar incursos o no en prohibiciones de la LDC entonces no debería ser de aplicación la exención legal del artículo 4 si incurre en las prohibiciones de la LDC.

Bibliografía

ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI, GABRIELA (2000) *"Aplicación de las normas sobre competencia al servicio de taxis* (Resolución del TDC de 29 de marzo de 2000, expediente 452/99, Taxis de Barcelona" *Anuario de la Competencia 2000*.

BERENGUER FUSTER, Luis, *Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia*, Anuario de la Competencia 1997.

BERENGUER FUSTER, Luis y BACHES OPI, Sergio, *Actividad administrativa, libre competencia y unidad de mercado*, Anuario de la Competencia, 2016.

CASES PALLARES, Lluis, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia,* Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas SA, 1994, p 398, ISBN: 84-7248-290-1.

CASES PALLARES, Lluis, *Regulación y competencia. Límites y conexiones*, en MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho de la regulación económica*. I Fundamentos e instituciones de la regulación, 2010, ISBN 978-84-9890-046-0, Iustel.

CERDA MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen M., *La administración pública como infractora de las normas de competencia: ¿Aplicación extensiva o racional?,* Anuario de la Competencia 2019.

COSTAS COMESAÑA, Julio y HORTALÀ i VALLBE, Joaquim, *La tipificación de la actividad de la administración como facilitadora de carteles*, Anuario de la Competencia 2013.

GUILLÉN CARAMES, Javier, *Alcance de las actuaciones restrictivas de la competencia realizadas por las Administraciones Públicas. ¿Qué medidas de reacción tiene el derecho de competencia frente a las mismas?* (A propósito de la resolución Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha, Expte 639/08, en Regulación y competencia: en busca de efectos no deseados, ACCO, 2012, ISBN 9788439390589.

GUTIERREZ, Alfonso y LORENTE, Fernando, *La exención legal de la Ley de Defensa de la Competencia*, Actualidad jurídica Uria Menendez, 28-2011.

MARCOS, Francisco, *Reacción de las autoridades de competencia españolas frente a las restricciones injustificadas de la libre competencia*, Anuario de la Competencia 2018.

MARCOS, Francisco, Artículo 4 *Conductas exentas por ley*, en MASSAGUER FUENTES, J. et AL (2020) *Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Thomson Reuters-Civitas, 2024 7ª edición, 978-84-1162-941-6.

ORTEGA BERNARDO, Julia, *La aplicación de las normas de competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local*, en Información Comercial Española, Revista de Economia, nº 876, 2014, ISSN 0019-977X, ISSN-e 2340-8790

PADROS REIG, Carlos, *La presencia de la administración pública en carteles privados: la regulación administrativa-colusoria*, Revista General de Derecho Administrativo 32 (2013)

PADROS REIG, Carlos "*Taxi-cab regulation in Spain: an example of Hamletian dilemma*" European Transport Law. Vol. XLI, nº 2 2006

SOLANA, Gonzalo, *Administraciones públicas y defensa de la competencia*, Anuario de la Competencia 2000

SOLERNOU SANZ, Stella, *Conductas exenta por ley, conductas de menor importancia y declaraciones de inaplicabilidad*, en CARBAJO GASCON, Fernando (Coord) Manual práctico de Derecho de la Competencia, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2026, ISBN 979-13-7021-149-3

TORNOS MAS, Joaquin, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989*, Anuario de la Competencia 1999