LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS CONTRATOS DE DESARROLLO EMPRESARIAL, PACTOS DE PERMANENCIA, DE NO COMPETENCIA Y LOS PACTOS DE PLENA DEDICACIÓN

Pablo Enrile Mora-Figueroa. Socio de ONTIER

SUMARIO

1. Examen de los límites y exneciones previstos en la ley de defensa de la competencia
   1.1) Análisis regulatorio
2. Los pactos de permanencia, de no competencia postcontractual y de plena dedicación. Análisis desde una perspectiva de libre competencia
   2.1) Pacto de Permanencia
   2.2) Pacto de no competencia
   2.3) Pactos de plena dedicación

La Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) tiene como fin esencial garantizar la existencia de una competencia efectiva entre las empresas como uno de los elementos definitorios de una economía de mercado consagrada en el art. 38 de la Constitución Española. Trata en definitiva de responder al mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar, fomentar y proteger la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.

En este contexto, la LDC prohíbe "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional" (art. 1.1 de la LDC). Esta prohibición se concreta en una serie de actuaciones que son señaladas como ilícitas al atentar contra la libre competencia, hasta el punto de considerar nulos aquellos acuerdos prohibidos y que no estén amparados por alguna de las exenciones previstas en la propia LDC.

Sin embargo, en múltiples sectores de la economía abundan relaciones comerciales que regulan la distribución de productos, los canales de ventas, las prestaciones de servicios de gestión y otras rela-

ciones contractuales necesarias para el desarrollo empresarial que suelen incorporar compromisos de permanencia y exclusividad o prohibiciones de competencia que, en ocasiones, chocan frontalmente con el marco de libre competencia que trata de garantizar la LDC.

En este artículo analizaremos los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos para que este tipo de acuerdos, tan comunes en los contratos de distribución, de concesión, de prestación de servicios o de suministro tengan plena validez y no vulneren las normas de defensa.

EXAMEN DE LOS LÍMITES Y EXENCIONES PREVISTOS EN LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Análisis regulatorio y jurisprudencial

Ciertamente, resulta complejo aplicar los límites y exenciones previstos en la LDC a las conductas de las empresas en las diferentes posiciones que asumen en el tráfico jurídico mercantil y cómo estas conductas pueden o no afectar a la libre competencia. No cabe duda que la competencia es uno de los elementos esenciales para el ejercicio empresarial en el ámbito de una economía de mercado, pero tampoco debemos olvidar la libertad de las empresas a la hora de establecer sus relaciones comerciales y contractuales como elemento configurador de la libertad de empresa. Precisamente, la simultaneidad de estos dos derechos (derecho a competir libremente y derecho a establecer los pactos comerciales basados en la libre voluntad de los contratantes) genera en no pocas

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (Normas básicas. Marginal: 65759). Arts.; 1.1, 1.3, 1.4, 2, 4, 5
- Constitución Española. (Normas básicas. Marginal:1) Art. 38
- Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Art. 5
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Art. 101.3

"Deben evitarse los pactos de permanencia de naturaleza indefinida y analizarse con especial cuidado si se compaginan con otros compromisos de no competencia o de plena de dedicación o exclusiva"

"Si en las condiciones generales de contratación se prevén compromisos de suministro en exclusiva de no competencia o de permanencia de manera adhesiva, podríamos encontrarnos ante numerosos supuestos de cláusulas consideradas nulas por la LDC"

ocasiones dudas e incertidumbres a la hora de concretar si determinados acuerdos comerciales sobrepasan los límites legalmente establecidos para garantizar la libre competencia.

Existe por tanto una fina línea que separa ambos derechos y que, por la parquedad descriptiva de lo que la LDC considera conductas prohibidas, resulta en ocasiones difícil pronunciarse.

Comenzaremos analizando primero las exenciones previstas en la LDC y que quedan por tanto fuera del ámbito de aplicación de la norma para centrarnos en los límites que la LDC establece a esa libertad de pacto en el tráfico mercantil.

El régimen de exenciones se encuentra reflejando en los arts. 1.3, 4 y 5 de la LDC. De hecho, si tenemos en cuenta que el art. 5 viene a excluir aquellas conductas que, por su escasa trascendencia, no pueden afectar de manera significativa a la competencia, podemos incluso delimitar nuestro análisis normativo a los arts. 1.4 y 4 de la LDC.

El primero de los preceptos expone una definición de las conductas que, a pesar de que pudieran vulnerar la libre competencia, son consideradas exentas de la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Se trata de aquellos **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**, siempre que estas conductas:

(I) permitan a los consumidores o usuarios participar de las ventajas de manera equitativa;

(II) sean restricciones contractuales indispensables para la consecución de los objetivos concretos; e

(III) impidan a las empresas involucradas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Encontramos por tanto **dos exenciones a la aplicación de la norma. Una relacionada con la cadena de producción y comercialización de los productos y otra más conectada con el progreso técnico y económico de nuestro tejido empresarial**. No obstante, se establecen las tres condiciones esenciales anterior-

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 15 de julio de 2014, núm. 4031/2014, Nº Rec. 1893/2014, (Marginal: 69305185)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 10 de julio de 2014, Nº Rec. 293/2011, (Marginal: 2458697)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 1 de febrero de 2011, núm. 752/2011, Nº Rec. 4520/2010, (Marginal: 69382882)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 17 de julio de 2008, núm. 2612/2008, Nº Rec. 1233/2008, (Marginal: 2290501)
- Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 3 de marzo de 2009, N1 Rec. 3073/2006, (Marginal: 328904)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 2 de noviembre de 1999, núm. 549/1999, Nº Rec. 2327/1999, (Marginal: 69382880)

mente descritas que deben concurrir para que una actuación restrictiva de la competencia pueda considerarse aceptable.

La ambigüedad en la determinación de las exenciones y de las condiciones necesarias dificulta en gran medida el trabajo de determinar qué conductas concretas podrían o no considerarse exentas de la ampliación de las normas de defensa de la competencia. No cabe duda que la generalidad en la descripción de las exenciones obliga a un análisis casuístico de cada supuesto, pero sí podemos determinar los principios generales para facilitar dicho análisis.

La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de aplicar en alguna ocasión la exención basada en el traslado de los beneficios a los usuarios. Tal es el caso por ejemplo de la problemática surgida cuando se estableció un sistema de intercambiabilidad de billetes en la línea de transporte marítimo de viajeros de Tanger a Algeciras. En esta ocasión el Tribunal Supremo en Sentencia dictada el 3 de febrero de 2009 y recientemente reiterada por el Alto Tribunal en Sentencia de fecha 4 de mayo de 2015 consideró que el beneficio que obtienen los viajeros a la hora de centralizar el servicio de intercambiabilidad de billetes eran superiores a los evidentes efectos atenuantes de la libre competencia que esta medida suponía. Si bien es cierto que el Tri-

"En los acuerdos de plena dedicación o de exclusividad nos podemos encontrar ante cláusulas recíprocas, es decir, ambas partes asumen el compromiso de comprar y vender en exclusiva, o unilaterales en las que solo una de las partes asume operar en régimen de exclusividad"

bunal Supremo no aplica de manera directa la condición prevista en el art. 1.3.a), no es menos cierto que de su línea argumentativa cabe desprenderse que se sirve de ésta para admitir la unificación del servicio de intercambiabilidad de billetes en esta línea de transporte.

Ahora bien, antes de admitir una determinada conducta a pesar de que restrinja la competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia adoptó las medidas necesarias para atenuar o incluso impedir que se vulnerase las normas de libre competencia. Y este precisamente es el principio general que debe regir a la hora de determinar si nos encontramos ante un supuesto de los contemplados en el art. 1.3 de la LDC. Las empresas involucradas deben justificar en primer lugar que una determinada conducta que se pudiera considerar prohibida debe ser permitida por concurrir cualquiera de los supuestos anteriormente descritos. Pero esta justificación debe ser clara, evidente y con el peso suficiente toda vez que, el principio general de libre competencia va a prevalecer en la gran mayoría de los casos. Dicho de otra forma, la aplicación del art. 1.3 de la LDC está siendo muy restrictiva por nuestra Jurisprudencia.

No obstante, **sí existen casos en los que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha permitido determinadas actuaciones concertadas de empresas sobre la base de la exención prevista en el art. 1.3 de la LDC**. Tal es el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 10 de julio de 2014 en el que se permiten las centrales de ventas en determinados productos alimenticios con el fin de facilitar a determinadas empresas locales de menor tamaño acceder a un mercado que, de otro modo, les sería imposible acceder.

En definitiva, **las exenciones previstas en el art. 1.3 de la LDC son aplicadas por la Jurisprudencia siempre de manera muy restrictiva y siempre que con estas actuaciones, o bien se garantiza una mayor competencia, o bien se mejora la productividad de las empresas redundando en beneficio de los consumidores**.

Por otro lado, **el art. 4 de la LDC establece dos ámbitos concretos en los que la Ley no es de aplicación por tener un carácter de subordinación normativa frente a otras normas con rango legal o a determinadas potestades de los poderes públicos**.

En ambos supuestos, la Jurisprudencia ha tenido la oportunidad de matizar que, si bien es cierto que esta subordinación normativa está reconocida en el art. 4 de la LDC, no es menos cierto que la actuación concreta pretendida debe estar expresamente regulada y permitida. Es decir, no caben interpretaciones más o menos implícitas de una norma con rango legal o de una actuación gubernamental. Ambas deben permitir expresamente una actuación que, de otro modo, sería considerada una actuación ilícita desde el punto de vista de la competencia.

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- PÉREZ MOSTEIRO, AMELIA MARÍA. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2011
- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- RIVEROS, PAOLA. *La indemnización por daños y perjuicios derivada de la vulneración de las normas de Defensa de la Competencia: Desarrollo en el Régimen Estadounidense y Comunitario Europeo*. Economist&Jurist Nº146. Diciembre - Enero 2011. (www.economistjurist.es)
- ALGAR JIMÉNEZ, CARMEN. La competencia desleal y el pacto de no concurrencia. Fiscal-Laboral al Día Nº. 156. Junio 2007. (www.fiscalaldia.es)

En definitiva, l**as exenciones previstas en uno y otro precepto son de aplicación muy restrictiva, de manera que a la hora de regular determinados acuerdos comerciales en el tráfico mercantil habitual de las empresas habrá que tener muy en cuenta los límites previstos en los art. 1.1 y 2 de la LDC**.

El principio general consagrado en el art. 1.1 es que se prohíbe cualquier conducta que tenga el propósito, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la libre competencia en el mercado nacional. **La Ley establece una serie de ejemplos que serán en todo caso considerados prácticas que vulneran la libre competencia, sin que tenga la consideración de lista cerrada o *numerus clausus***. Estos supuestos son:

(I) La fijación de precios y otras condiciones comerciales;

(II) La fijación o el control de la producción, la distribución o el desarrollo técnico o las inversiones;

(III) El reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;

(IV) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

(V) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Pues bien, tanto el reparto de las fuentes de aprovisionamiento, como la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, así como la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación previa de compromisos que no guardan relación con el objeto de tales contratos son conductas que podrían afectar a números contratos de distribución, concesión, suministro o de prestación de servicios en la medida en que, en dichos contratos, en ocasiones se introducen acuerdos que restringen la actividad empresarial de alguno de los contratantes y, por ende, la competencia.

Cláusulas que regulan compromisos de permanencia, de exclusividad o de no competencia pueden en ocasiones restringir la competencia. En este sentido, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en su informe de fecha 13 de agosto de 2014 en relación al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil reconoce una especial importancia a este tipo de cláusulas al considerarlas potencialmente anticompetitivas.

Por otro lado, no cabe duda que las nuevas tecnologías han facilitado los procesos de suscripción de contratos en los departamentos de compras de las grandes compañías, incorporando incluso en plataformas digitales las condiciones generales de contratación para proveedores de productos y servicios. Sin embargo, estas prácticas de estandarización contractual de muchas grandes compañías pueden chocar frontalmente con la prohibición de subordinación de contratos a condiciones que no guardan relación con el objeto de los mismos. Así pues, **si en las condiciones generales de contratación se prevén compromisos de suministro en exclusiva de no competencia o de permanencia de manera adhesiva, podríamos encontrarnos ante numerosos supuestos de cláusulas consideradas nulas por la LDC**.

Se hace muy conveniente por tanto una reflexión y análisis de cada empresa de las estrategias contractuales con clientes, distribuidores, representantes comerciales, agentes y proveedores con el fin de analizar si los compromisos exigidos en ocasiones sobrepasan los límites previstos en la normativa en materia de defensa de la competencia.

Procederemos a continuación a analizar cada uno de estos compromisos contractuales y en qué medida pudieran verse afectados por las normas de defensa de la competencia.

LOS PACTOS DE PERMANENCIA, DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL Y DE PLENA DEDICACIÓN. ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA DE LIBRE COMPETENCIA

Pacto de Permanencia

Nada cabe reprochar en principio a un pacto de permanencia si éste se acuerda por un tiempo concreto. Numerosos contratos de suministro, de distribución o de concesión se pactan por un tiempo concreto, lo que lleva implícito un pacto de permanencia por parte del suministrador, distribuidor o concesionario.

No obstante, este tipo de compromisos sí pueden tener una trascendencia importante si lo conectamos con otras obligaciones más restrictivas tales como la exclusividad y la no competencia.

El componente temporal de un acuerdo de exclusividad o de no competencia puede suponer una vulneración de las normas de defensa de la competencia. De hecho, **se admite como principio general que un pacto de exclusiva es lícito en la medida en que tenga un límite temporal y geográfico**.

Tal es el caso por ejemplo del art. 5 del Reglamento de la Unión Europea 330/2010 sobre *"acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre empresas. Aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13-12-2007 (RCL 2009\2300)"*, que excluye de las exenciones previstas en el mismo texto regulatorio a cualquier pacto de no competencia de duración indefinida o cuya duración sea superior a cinco años.

En definitiva, **si bien es cierto que los pactos de permanencia son admitidos y no arrojan ningún problema, deben evitarse los de naturaleza indefinida y deben analizarse con especial cuidado si se compaginan con otros compromisos de no competencia o de plena de dedicación o exclusiva**.

Pacto de no competencia

El compromiso de no competencia tiene la finalidad de que una o ambas partes se comprometan con la otra a no competir o concurrir en el negocio o mercado de la contraparte. **Son compromisos muy habituales en los acuerdos de distribución, suministro o prestación de servicios cuando, a través de estas relaciones contractuales, una de las partes va a tener acceso a información sensible y confidencial de la otra parte** (diseños, productos, precios, estrategias empresariales, ideas).

Son cada vez más comunes y recomendables en las denominadas *Start ups* o nuevos negocios que se sustentan sobre servicios o productos hasta ahora inexistentes. Cuando un promotor de una start up pone en marcha un nuevo negocio basado en la novedad del servicio o producto tiene que tener muy presente si los proveedores, distribuidores, socios o colaboradores tienen acceso legítimo a la información de su negocio (sobre el producto, canal de ventas, business plan, etc). En ese caso, toda la información a la que tengan acceso puede ser usada legítimamente por estos terceros si a nivel contractual no hemos previsto los compromisos necesarios para evitarlo.

El pacto de no competencia cobra por tanto un protagonismo mayor en aquellos negocios nuevos cuyo éxito se basa en la novedad del producto o el servicio. Ahora bien, una cosa es tratar de que esos terceros no utilicen la información para competir y otra muy distinta es tratar de usar estas cláusulas con-

tractuales para eliminar o restringir en la medida de lo posible cualquier tipo de competencia.

Por tanto, deberemos tener en cuenta las restricciones de la LDC para analizar si una determinada cláusula puede estar vulnerando dichas restricciones. **Cualquier cláusula de no competencia que permita al beneficiario de la misma controlar precios, producciones, canales de distribución o un reparto de mercado supondrá una práctica prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia con el riesgo de las correspondientes sanciones por actuaciones colusorias**.

En este sentido, el Reglamento de la Unión Europea 330/2010 destinado a desarrollar la exención del art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que dicha exención no será de aplicación a los denominados acuerdos verticales salvo en determinados casos. Estos acuerdos son aquellos que se producen entre empresas que operan en planos distintos de la producción o distribución, es decir, los acuerdos propios de los contratos de distribución, suministro o concesión, entre otros.

No vamos a analizar toda la casuística prevista en el citado Reglamento y en otros de naturaleza sectorial, pero sí es importante destacar que los compromisos de no competencia en los acuerdos verticales se permiten siempre en la medida en que no acaparen el mercado, tanto desde el lado del proveedor o suministrador, como del lado del cliente o productor.

Pacto de plena dedicación o de exclusividad

Finalmente, **debemos analizar los acuerdos de plena dedicación o de exclusividad** que suelen incorporarse a los contratos de desarrollo empresarial. Podemos distinguir si la exclusividad afecta a la totalidad de la actividad productiva del proveedor o distribuidor o si por el contrario se refiere a un producto determinado.

En el primero de los casos, una de las partes se compromete a poner todos los recursos de su negocio o empresa al servicio exclusivo de su cliente. Si bien es común en los acuerdos de distribución, de concesión o de franquicia, este tipo de exclusividades plenas no tiene tanto sentido en los contratos de suministro. **En la segunda alternativa, una de las partes asume el compromiso de operar en régimen de exclusividad respecto a un servicio o producto determinado y que suele ser el objeto del contrato de que se trate**.

Desde el punto de vista subjetivo, **nos podemos encontrar ante cláusulas recíprocas, es decir, ambas partes asumen el compromiso de comprar y vender en exclusiva, o unilaterales en las que solo una de las partes asume operar en régimen de exclusividad**.

En cualquiera de los casos, nuevamente deberemos analizar cada situación para concretar si nos encontramos ante situaciones que vulneran las normas de defensa de la competencia. No obstante, **a priori los compromisos de exclusividad no son tan directamente influyentes como los pactos de no competencia**. Prueba de ello es que, si bien es cierto que el propio Reglamento 330/2010 de la Unión Europea da un tratamiento específico y concreto a los pactos de no competencia, no ocurre lo mismo para los pactos de exclusividad. Esto no quiere decir que el Reglamento no regule los pactos de exclusividad, antes al contrario, pero deben entenderse englobados dentro de los acuerdos verticales en general.

Por tanto, las restricciones previstas en la LDC, en el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en sus reglamentos de desarrollo son de plena aplicación a los acuerdos de exclusividad por su naturaleza de pactos verticales. ■

CONCLUSIONES

- Son cada vez más las prácticas empresariales que demandan contratos de distribución, concesión, suministro o prestación de servicios, entre otros muchos, para el desarrollo y crecimiento de sus respectivos negocios. La especialidad de cada negocio o empresa requiere en muchas ocasiones que dichos contratos incorporen compromisos comerciales destinados a la protección de sus propias actividades empresariales, tratando de restringir o limitar la actuación competidora de los terceros con los que contratan

- Estas posiciones, muchas veces legítimas o razonables, pueden sobrepasar las líneas marcadas por la normativa nacional o comunitaria en materia de defensa de la competencia, lo que supone la necesidad de un esfuerzo adicional para tratar de adaptar cada contrato o modelo contractual a la realidad empresarial de cada uno