

Sobre la compatibilidad del nuevo Artículo 43 bis de la Ley de hidrocarburos (introducido por la Ley 11/2013 de 26 de julio) con el derecho comunitario

Gómez-Acebo & Pombo
Grupo de Competencia

1. Introducción

Por medio de la Ley 11/2013 de 26 de julio de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo se introdujeron una serie de modificaciones en la Ley 34/1998 de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos (en adelante, la "Ley de Hidrocarburos") cuya compatibilidad con el Derecho de la competencia de la Unión Europea resulta cuando menos controvertida.

En concreto, la Ley 11/2013 introduce un nuevo artículo 43 *bis* en la Ley de Hidrocarburos¹, conforme al cual se regulan de forma más estricta los habituales y no siempre pacíficos contratos de distribución en exclusiva del sector. Así, de acuerdo con el nuevo artículo, los vínculos contractuales de suministro en exclusiva "no podrán contener cláusulas exclusivas que [...] fijen, *recomienden* o incidan, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible" y las cláusulas que "determinen el precio de venta del combustible en referencia a un determinado precio fijo, máximo o *recomendado*, o cualesquiera otras que contribuyan a una fijación indirecta del precio de venta" (subrayado añadido) serán consideradas nulas y se tendrán por no puestas.

Así, el legislador prohíbe mediante esta regulación no sólo la fijación de precios de reventa de carburante –algo que, como veremos, ya prohíbe bajo determinadas condiciones la normativa comunitaria de competencia- sino también las meras recomendaciones de precios.

Por otro lado, el nuevo artículo 43 bis de la Ley de Hidrocarburos fija plazos máximos de duración de los contratos de suministro exclusivo (un año, con un máximo de dos prórrogas).

Son precisamente estas cuestiones las que han causado la controversia anunciada.

En las siguientes líneas analizamos la conformidad de la nueva prohibición con el Derecho comunitario y su validez.

2. Compatibilidad de la prohibición de las recomendaciones de precios con el Derecho comunitario

2.1. Incompatibilidades entre la Ley de Hidrocarburos y el Derecho europeo de la competencia

El artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante,

¹ Artículo 39 apartado 3 de la Ley 11/2013.

² 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, DOUE L 102/1 de 23.04.2010..

“T.F.U.E.”), quedan prohibidos y son nulos de pleno derecho los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre estado miembro y que tengan por objeto o por efecto impedir, falsear, o restringir el juego de la competencia en el mercado interior. Conforme al Reglamento 330/2010 relativo a la aplicación del artículo 101.3 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas² (en adelante, el “Reglamento de Exención” o “El Reglamento”), que prohíbe la imposición de precios de reventa, quedan sin embargo exentos de la prohibición del artículo 101.1 del T.F.U.E. los acuerdos en los que el proveedor recomiende un precio de venta cuando la cuota de mercado de las partes no exceda del 30% y siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.

La exención prevista en el Reglamento supone así una presunción de legalidad de las recomendaciones de precios cuando la cuota de mercado de cada parte no exceda del 30% y no vengán acompañadas de maniobras que, en su conjunto, conduzcan a una imposición de un precio fijo o mínimo. No obstante, el legislador español deja la presunción sin efecto de un plumazo, y prohíbe mediante el artículo 43 *bis* de la Ley de Hidrocarburos cualquier recomendación de precios, incluso cuando se trata de una mera recomendación, o cuando las cuotas de las partes sean inferiores al umbral del 30% establecido en el Reglamento de Verticales.

En el mismo sentido, y como apuntamos más arriba, el mencionado nuevo artículo 43 bis de la Ley de Hidrocarburos establece (con una formulación que, por otro lado, deja que desear) que la duración máxima del contrato será de un año, con un máximo de dos prórrogas anuales consecutivas. En virtud de la Ley de

Hidrocarburos, cualquier contrato que exceda de esta duración se considera también nulo de pleno derecho.

Pues bien, de nuevo, el Reglamento autoriza en su artículo 5 las exclusivas de compra de hasta cinco años de duración cuando las partes en el contrato dispongan de una cuota inferior al 30%, decretando que las que excedan de tal duración se presumirán anticompetitivas. Estamos por tanto muy lejos del año autorizado por la nueva disposición española (o de los tres años, si tenemos en cuenta las posibles prórrogas).

2.2. *La primacía del Derecho de la Unión y sus efectos para con la norma española*

Frente a esta disparidad de normas, se plantea cuál debe prevalecer. Pues bien, conforme al artículo 3 del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales 101 y 102)³, la aplicación del Derecho nacional de la competencia no puede resultar “*en la prohibición de acuerdos [...] que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero [...] que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*” (subrayado añadido).

En otras palabras, si la reciente normativa española es “Derecho nacional de la competencia”, no podría prohibir (como lo hace), lo que el Derecho de la Unión permite o autoriza mediante exención. Naturalmente, la prohibición podría tener lugar si responde a motivos distintos a la salvaguarda de la competencia efectiva en el mercado. Por tanto, habrá que examinar cual es la *ratio legis* del nuevo art. 43 bis de la Ley de Hidrocarburos. Pues bien, la exposición de motivos de la ley 11/2013 indica que la modificación de la Ley de Hidrocarburos tiene la finalidad de regular la competencia⁴.

³ Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOCE L1/1 de 4.01.2003.

⁴ “[...] se adoptan una serie de medidas tanto en el mercado mayorista como en el minorista, que permitirán incrementar la competencia efectiva en el sector, reduciendo las barreras de entrada a nuevos entrantes y repercutiendo positivamente en el bienestar de los ciudadanos”.

Por tanto, el artículo 43 *bis* de la Ley de Hidrocarburos resulta contrario al Derecho de la Unión y, en consecuencia y en virtud del principio de primacía de éste⁵, carecería de efecto.

No obstante lo anterior, la exención prevista en el Reglamento de Exención no es sino una presunción de legalidad del acuerdo que puede ser:

- retirada cuando el acuerdo en cuestión (considerado de forma aislada o junto con otros similares de competidores) no reúna todas las condiciones establecidas en el artículo 101.3⁶, lo que puede ocurrir cuando el acceso al mercado o la competencia en el mismo queden restringidos por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos verticales similares⁷, o
- declarada inaplicable mediante Reglamento cuando existan redes paralelas de restricciones verticales similares que abarquen más del 50 % de un mercado de referencia⁸.

Las Directrices relativas a las restricciones verticales⁹ (en adelante, las "Directrices") contienen diversas orientaciones¹⁰ para evaluar la eventual retirada de la

exención a las recomendaciones de precios, cuyo principal riesgo es que sean tomadas como un punto de referencia para los revendedores y acaben siendo aplicados por la mayoría o la totalidad de ellos.

Podría así considerarse si lo que ha hecho el Legislador español no es sino retirar la exención o declararla inaplicable, acogiéndose a las posibilidades previstas en el propio Reglamento. Así, de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 11/2013, con la inserción de este nuevo artículo en la Ley de Hidrocarburos se pretende hacer frente precisamente al riesgo que apunta la Comisión en las Directrices y evitar los "regímenes económicos de gestión de estaciones de servicio con contratos en exclusiva en los que el distribuidor minorista actúa como un revendedor con descuento fijo o como un comisionista", puesto que "la existencia de contratos de suministro al por menor en exclusiva se considera y una de las principales barreras de entrada y expansión de operadores en España alternativos a los operadores principales".

A tenor de la exposición de motivos, parece que el objetivo del legislador al introducir este artículo 43 *bis* es abrir el mercado español y limitar el efecto

⁵ Consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 15 de julio de 1964 en asunto 6/64, Costa c. Enel.

⁶ Art. 29 del Reglamento (CE) No 1/2003.

⁷ Párrafo 75 de las Directrices Verticales.

⁸ Artículo 6 del Reglamento (UE) No. 330/2010.

⁹ Directrices relativas a las restricciones verticales, DOUE 130/1 de 19.05.2010.

¹⁰ Párrafos 227-229 de las Directrices Verticales.

anticompetitivo de la existencia en España de redes paralelas de acuerdos de distribución en exclusiva.

Sin embargo, el legislador español no podía regular esta materia como lo ha hecho, y es que la retirada de la exención por categorías corresponde, para supuestos individuales¹¹, bien a la Comisión Europea, bien a la autoridad de competencia del Estado miembro, mientras que la declaración general de inaplicación del Reglamento de Exención por Categorías esta

reservada a la Comisión Europea, que sólo podrá hacerlo adoptando un nuevo Reglamento¹².

En vista de las consideraciones anteriores y en la medida en que el legislador español no está facultado para declarar por Ley prohibidos acuerdos exentos por un Reglamento de Exención de Categorías ni es competente para inaplicar la exención, el artículo 43 *bis* de la Ley de Hidrocarburos es contraria al Derecho comunitario y, por lo tanto, inoperante.

¹¹ Párrafos 77 y 78 de las Directrices Verticales.

¹² Artículo 6 del Reglamento (UE) No. 330/2010.